

*VERSO LA CLINICA LEGALE:
STUDENTI PROTAGONISTI ED ESPERTI ACCOMPAGNATORI
ESPERIENZE DI DIDATTICA INNOVATIVA NELLE MATERIE GIURIDICHE*

a cura di Valentina Bonini ed Enza Pellecchia



Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa
Anno accademico 2021/2022

INDICE

[INTRODUZIONE p. 3](#)

[Cap. I CRIMINOLOGIA p. 6](#)

[Cap. II DIRITTO DELL'ARBITRATO p. 58](#)

[Cap. III DIRITTO DEL LAVORO E DIRITTO DEL LAVORO E DELLE NUOVE TECNOLOGIE p. 69](#)

[Cap. IV DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE p. 101](#)

[Cap. V DIRITTO PROCESSUALE PENALE p. 120](#)

[Cap. VI ORGANIZZAZIONE DEL GOVERNO E DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE p. 163](#)

INTRODUZIONE

Il grande impegno - qualitativamente e quantitativamente diverso - a cui siamo stati chiamati per reagire alla pandemia ha fatto emergere anche tra i/le docenti una particolare sensibilità e propensione a discutere di didattica.

Queste sensibilità hanno trovato un primo momento di concretizzazione nella partecipazione di alcune docenti al corso di formazione "Insegnare a Insegnare" promosso dall'Ateneo (in particolare, dal prorettore Marco Abate) e nella partecipazione al bando di ateneo per il secondo semestre 2020/'21 per i progetti di didattica speciale con la presentazione del primo progetto Simulab.

Il progetto è stato finanziato e ha consentito la realizzazione di alcune prime esperienze di didattica maggiormente orientata al *learning by doing* nei tre corsi di Diritto privato I, oltre ai corsi di Diritto agroalimentare, Diritto parlamentare, Giustizia penale riparativa, Diritto e Religione, Organizzazione del Governo, Diritto dell'arbitrato. E' stata creata anche una pagina dedicata sul sito: <https://www.jus.unipi.it/didattica/progetti-didattica-speciale-student-centred-learning/simulab/simulab-2020-2021/>

L'ampia soddisfazione di docenti e studenti ha incoraggiato la prosecuzione della riflessione sulla didattica e la condivisione delle buone prassi emerse.

Da queste riflessioni e da questa condivisione sono scaturiti:

- l'allargamento del gruppo dei/delle docenti interessati a discutere sul tema
- la presentazione di due nuovi progetti per partecipare al bando di Ateneo per la Didattica speciale per il primo semestre 2021/'22
- la creazione su impulso del Direttore di un gruppo di lavoro che traduca in proposte operative le idee e i bisogni formativi che stanno emergendo.

Oggi tutto il Dipartimento è impegnato – in coerenza con il c.d. processo di Bologna (<https://www.miur.gov.it/processo-di-bologna>) – ad implementare Progetti di didattica speciale/ *Student Centred Learning* (SCL), volti non solo all'acquisizione di conoscenze ma anche allo sviluppo della creatività, delle capacità critiche, della propensione a prendere iniziative, attraverso varie tecniche di apprendimento attivo (*Problem based learning, Task-based learning, Learning by doing, Group learning*), promosse anche dalla CRUI (http://www.processodibologna.it/wp-content/uploads/2015/11/Seminario-SCL_Conclusioni-CHEER.pdf): un'operazione culturale importante e appassionante, per affiancare alla didattica tradizionale (trasmissiva di saperi) una didattica centrata sullo studente e volta a creare "ambienti di apprendimento" per lo sviluppo di competenze (saper fare).

In questo contesto il progetto SimuLab è il filo rosso che lega le iniziative succedutesi nei vari semestri, riunendo e coordinando le attività formative organizzate in seno a diversi insegnamenti-pilota dei corsi di laurea in materia giuridiche, che propongono strumenti didattici basati sullo studio di casi reali e sul *learning by doing*, con lo scopo di ridurre il divario tra teoria e pratica del diritto e di favorire lo sviluppo di abilità professionali da parte di studentesse e studenti. Inoltre, essendo stato avviato nell'anno accademico 2020/2021, SimuLab ha avuto il valore aggiunto di stimolare l'interesse e la partecipazione attiva dei molti che si sono trovati a dover frequentare i corsi con le complesse e faticose modalità della didattica a distanza.

A questa duplice finalità, una di lungo periodo e una contingente, hanno voluto contribuire anche le attività di didattica speciale realizzate in seno al progetto "Verso la clinica legale: studenti protagonisti ed esperti accompagnatori", seconda tappa di SimuLab. In questo segmento sono stati coinvolti gli insegnamenti di Criminologia, Diritto dell'arbitrato, Diritto del lavoro, Diritto internazionale privato e processuale, Diritto processuale penale, Organizzazione del governo e della pubblica amministrazione: nel segno della ripresa, pur parziale, della didattica in presenza sono stati organizzati incontri di approfondimento con esperti della materia, di avvicinamento e confronto con

le professioni giuridiche, oltre a percorsi seminariali caratterizzati da un approccio pratico al diritto e con accompagnamento nella redazione di atti giuridici e processuali. Le varie attività hanno contribuito a stimolare la partecipazione attiva sia di chi ha scelto il ritorno in presenza sia di chi ha ritenuto di optare per una frequenza da remoto, che è stata così iniettata di nuove occasioni di interesse, proponendo di volta in volta simulazioni e messe in scena di procedure, *elevator pitch*, lavori di gruppo con presentazioni collettive, esperimenti di *flipped classroom*.

Di questo complesso di attività – eterogenee nelle molteplicità delle forme ma unitarie nello spirito partecipativo e nella dimensione pratica dell’approccio al diritto – il volume intende offrire una testimonianza, raccogliendo alcuni elaborati ritenuti significativi del tipo di lavoro svolto da studenti e studentesse ad esito dei percorsi seminariali organizzati nei diversi insegnamenti coinvolti.

Non è stato sempre facile trasformare in elaborato scritto i risultati delle attività intraprese in modo da rappresentarle compiutamente e fedelmente nella loro innovatività e, in proposito, un sincero ringraziamento deve andare tanto agli “studenti protagonisti” quanto agli “esperti accompagnatori” che hanno reso possibile questa esperienza così arricchente. Il contributo prezioso degli esperti e dei professionisti che hanno vivacizzato la tradizionale didattica con le loro conoscenze ed esperienza pratica; l’opera attenta dei tutor che hanno accompagnato gli studenti lungo itinerari nuovi; i giovani giuristi che si vanno formando nei corsi di laurea, i quali hanno dedicato il loro tempo ad attività di studio, pur se prive di un immediato riscontro in termini di voto e di crediti: tutti hanno contribuito a questo investimento su una didattica innovativa, che ha saputo suscitare interesse e partecipazione, preparare alle sfide più attuali del diritto e delle professioni giuridiche, aiutare lo studente ad acquisire e/o sviluppare le *soft skills* comunicative più moderne.

Lo scopo di questa raccolta, inevitabilmente parziale, è quello di offrire uno spaccato sulle attività conclusive dei percorsi formativi, che fotografano l’interesse e, non di rado, l’entusiasmo con cui studentesse e studenti hanno partecipato nella costruzione del proprio sapere, superando l’approccio tradizionale che li vede passivi ricettori di conoscenze. Risulterà, così, evidente come lo studio di casi pratici, la conduzione di ricerche giurisprudenziali e dottrinali, il confezionamento di un atto giuridico, la scrittura di un *paper* e la predisposizione di presentazioni *power point* efficaci rappresentino attività che non possono più essere trascurate nella formazione di giuristi e giuriste di oggi, rispondendo ad un bisogno formativo tanto concreto quanto attuale.

Il volume è diviso in tanti capitoli quanti sono stati gli insegnamenti coinvolti in questo segmento del progetto, secondo il seguente ordine:

Cap. I – Criminologia (prof.ssa Emma Venafro): si sono svolte attività di didattica speciale in due distinti moduli. Una prima occasione di approfondimento ha avuto ad oggetto il fenomeno del “cyberbullismo”, che è stato analizzato prendendo le mosse da casi pratici, sottoposti ad analisi critica da parte di studenti e studentesse, che hanno evidenziato le peculiarità criminologiche, le problematiche di tipo psicologico-forense, e illustrato le possibili soluzioni *de iure condito* e *de iure condendo*, all’interno di presentazioni *power point* rivolte alla classe, al tutor e alla docente. In un secondo modulo è intervenuto lo psichiatra forense, dott. Alessandro Rotondo, che ha introdotto la classe all’analisi dei disturbi psichiatrici più diffusi nel processo penale, fornendo agli studenti elaborati peritali anonimizzati, che hanno rappresentato la base per un lavoro condotto in gruppi che è culminato in una simulazione processuale. Il capitolo dedicato all’insegnamento raccoglie le riflessioni in tema di “cyberbullismo” in forma di articolo collettaneo.

Cap. II – Diritto dell’arbitrato (prof.ssa Maria Angela Zumpano): gli studenti, previamente costituiti in gruppi, hanno analizzato due modalità di tutela alternativa al processo giurisdizionale: una risoluzione di una controversia attraverso il processo arbitrale e una risoluzione di una controversia attraverso l’istituto della mediazione. In entrambi i casi, l’analisi ha preso le mosse da un caso concreto, restituendo i risultati attraverso la presentazione dei diversi atti che compongono le diverse procedure. I lavori pubblicati consistono nella sequenza ordinata degli atti realizzati dai gruppi di lavoro.

Cap. III – Diritto del lavoro e Diritto del lavoro e nuove tecnologie (prof. Raffaele Galardi e prof. Simone D’Ascola): a partire da un caso concreto relativo ad un rapporto di lavoro di un rider, gli studenti sono stati invitati a muovere un’analisi giuridica, previa suddivisione in tre gruppi, rappresentanti rispettivamente la difesa del lavoratore, quella della società datrice di lavoro e il ruolo del giudicante; dopo aver predisposto le linee generali degli interventi, i gruppi si sono trovati a svolgere in aula la discussione, simulando lo svolgimento di una vera udienza, con repliche e contro-repliche, cui è seguito il verdetto motivato. I lavori pubblicati rappresentano la versione definitiva degli elaborati dei tre gruppi.

Cap. IV – Diritto internazionale privato e processuale (prof. Simone Marinai): il capitolo contiene il *paper* redatto da una studentessa sul ruolo dell’autonomia privata nella determinazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali fra coniugi. Il contributo qui pubblicato ha ben saputo mettere a frutto gli spunti offerti nel corso dell’insegnamento che si è articolato in lezioni frontali (aventi ad oggetto le principali problematiche concernenti la determinazione della legge applicabile, la giurisdizione competente ed il riconoscimento delle decisioni straniere) ed in lezioni seminariali, nell’ambito delle quali sono stati organizzati incontri con rappresentanti delle diverse professioni legali (un magistrato, un notaio, un avvocato), prima di svolgere esercitazioni in occasione delle quali è stata stimolata l’abitudine di studenti e studentesse alla ricerca scientifica, all’analisi critica del diritto, alla scrittura giuridica, all’esposizione in pubblico ed alla discussione congiunta dei temi affrontati.

Cap. V – Diritto processuale penale (prof.ssa Valentina Bonini): il capitolo contiene tre lavori di gruppo che traducono in elaborato scritto i percorsi formativi svolti da studenti e studentesse lungo diverse direttrici di indagine sia per i temi proposti sia per il tipo di attività. Stimolando l’osservazione dei diversi ruoli ricoperti dalle parti private nel processo penale sono stati proposti approfondimenti relativi all’assistenza della persona offesa/parte civile e all’assistenza dell’imputato: a partire da casi pratici i gruppi hanno analizzato ora gli strumenti messi a disposizione della persona offesa nei procedimenti penali per violenza domestica, ora gli effetti negativi per l’imputato e per la conduzione delle attività processuali collegati al fenomeno del c.d. processo mediatico. Studenti e studentesse, con l’ausilio di tutor (avv. Livia Bongiorno e avv. Domenico Vispo), si sono cimentati tanto nella redazione di atti del procedimento penale (costituzione di parte civile; istanza di rimessione del processo) quanto nella esposizione con presentazioni *power point* che sono state discusse dal gruppo di fronte alla classe, alla docente e ai tutor, stimolando le capacità espositive e di confronto con la platea. I lavori pubblicati traducono in elaborato scritto le presentazioni, in quelle inglobando anche l’esperienza maturata nella redazione dell’atto.

Cap. VI - Organizzazione del Governo e della pubblica amministrazione (prof.ssa Elisabetta Catelani): Il progetto è stato declinato come uno strumento per confrontarsi direttamente con una pluralità di problematiche che la pandemia ha posto in evidenza in ordine alla trasformazione del modo di operare del governo e della p.a. Con il coordinamento del dott. Giammaria Gotti, studenti e studentesse sono stati divisi per gruppi al fine di consentire loro di esaminare ed approfondire una pluralità di tematiche significative: gli effetti della pandemia e poi del PNRR sul diritto alla salute, sulle pari opportunità, sul complesso rapporto Stato/Regioni, sulla transizione ecologica e tecnologica. Il lavoro in gruppo ha consentito di acquisire competenze nella ricerca dei materiali, nel modo di approfondire una tematica relativamente nuova, nel coordinamento e nel confronto con i componenti del gruppo. Il lavoro è poi terminato con una discussione in aula con gli altri colleghi di corso.

Pisa, 24 maggio 2022

Enza Pellecchia e Valentina Bonini

CAPITOLO I

CRIMINOLOGIA

(Prof.ssa Emma Venafro)

PRESENTAZIONE

Ad esito del modulo didattico di approfondimento dedicato al “cyberbullismo” è stato richiesto a studenti e studentesse di elaborare un articolo che mettesse in evidenza gli aspetti più significativi e problematici del fenomeno che erano emersi nell’analisi condotta in classe. Il lavoro è stato reso possibile grazie all’attività svolta durante il corso e al supporto e cooperazione attiva del tutor, dott. Matteo Pirisi, che ha contribuito anche alla redazione di alcune parti dell’elaborato.

ELABORATO DEGLI STUDENTI

L’articolo è frutto di riflessioni condivise ed è stato redatto da: Par. 1, Rachele Dal Canto; Par. 2, Matteo Pirisi, Alessandra Polloni, Silvia Zeccardo; Par. 3, Vittorio Bernardo, Matteo Pirisi; Par. 4, Vittorio Bernardo.

INTRODUZIONE

Il bullismo è una piaga della scuola contemporanea che si è rivelata molto difficile da estirpare. Lungi dall’essere un fenomeno raro o marginale, il bullismo è una realtà che assume svariate sfaccettature: si parla di bullismo fisico, verbale, psicologico, sessuale e altro ancora. Si tratta di un problema non nuovo a trattazioni sistematiche, sia in criminologia che in psicologia dell’età evolutiva, laddove si è evidenziata la peculiarità delle situazioni sottese alle dinamiche bullo/bullizzato, con riguardo anche alle evidenze che possono favorire un approccio non meramente repressivo e punitivo del comportamento del “bullo”. Ma il bullismo, purtroppo, è una questione che caratterizza molte dinamiche sociali tra minori da lungo tempo; è solo di recente che il suo sviluppo, grazie alle nuove tecnologie, si è reso più sinistro, più pervasivo, più pericoloso. Ciò è stato reso particolarmente evidente con la pandemia da COVID-19, che ha costretto milioni di studenti ad abbandonare l’edificio-scuola, spostando le proprie attività didattiche sulla rete: laddove il Coronavirus ha fermato le ricreazioni e gli zainetti, non ha certamente fermato il bullismo, che è ben capace di esprimersi, spesso anzi può esprimersi ancora meglio, attraverso l’universo della rete internet. Infatti, il c.d. cyberbullismo, oggetto della presente trattazione, rappresenta una più recente evoluzione delle dinamiche del bullismo, che consente una ancora più pervasiva persecuzione del

soggetto che lo subisce, arrivando a travalicare i confini scolastici ed ad innestarsi nel tessuto della rete, cagionando conseguenze anche gravissime, fino a costringere alcuni giovani al gesto estremo del suicidio.

Albert Einstein, in una lettera scritta nell'anno 1917, aveva comparato il progresso tecnologico ad una "*ascia nelle mani di criminali patologici*"; lo scienziato, convinto pacifista, perfettamente consapevole dell'orrore delle armi chimiche usate nel primo conflitto mondiale, non poteva non reagire con orrore alle violenze che venivano dal fronte. Ciò che indubbiamente Einstein inquadrava correttamente è che certamente la tecnologia è come "un'ascia", ovverosia è uno strumento, un attrezzo che può essere utilizzato per fini pro-sociali o anti-sociali. Così alla stessa maniera è la rete internet e i c.d. *social media*, capaci entrambi di utilizzi positivi e leciti, ovvero al contrario negativi e illeciti. La tecnologia - di qualsiasi tipo, dall'ascia, alla rete internet, alla fissione atomica - altro non è che un moltiplicatore di forza.

In questo lavoro procederemo ad analizzare il Cyberbullismo attraverso diverse lenti di lettura, partendo da una ricostruzione definitoria per inquadrare il fenomeno nelle sue molte sfaccettature. Proseguiremo con una disamina delle cause (psicologiche, neurologiche, sociali) sottese al comportamento antisociale giovanile e descriveremo le dinamiche di internet che contribuiscono a rendere particolarmente pervasive le conseguenze del cyberbullismo. Analizzeremo in seguito il cyberbullismo dal punto di vista del diritto penale, individuando quali reati possono derivare dalla condotta del cyberbullo. Infine, rivolgeremo uno sguardo fuori dai confini dell'Italia per descrivere come altri Paesi abbiano affrontato e risolto le problematiche sottese al cyberbullismo.

Il presente contributo è frutto del lavoro degli studenti del corso di Criminologia dell'a.a. 2021-2022, il cui entusiasmo è stato fondamentale per la realizzazione del testo, e la cui prospettiva, anche per ovvie ragioni anagrafiche, è indispensabile per osservare da vicino un fenomeno così recente e tipico delle fasce più giovani della popolazione.

1. CYBERBULLISMO: UN'ETICHETTA PER DIVERSI FENOMENI

La definizione normativa di cyberbullismo offerta dall'ordinamento italiano, con l'articolo 1 della legge 29 maggio 2017, n. 71 è la seguente: "Ai fini della presente legge, per «cyberbullismo» si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo".

Emerge però un'opportunità, oltre che una necessità, di superare i confini della definizione legislativa del fenomeno: la necessità e l'opportunità di non accontentarsi della definizione del legislatore sono rese evidenti dal fatto che quest'ultima definizione è esplicitamente finalizzata agli scopi propri dell'intervento legislativo del 2017, scopi puramente normativi da rinvenirsi all'interno della medesima legge, resi peraltro espliciti dalla premessa *“ai fini della presente legge”*. Una descrizione e un'analisi degli aspetti criminologici del cyberbullismo, invece, non possono che prescindere dai fini della legge del 2017, volti più che altro alla disciplina ed all'arginamento del fenomeno. Per questo è opportuno, per il criminologo, cercare definizioni ulteriori: quella offerta dall'enciclopedia Treccani, ad esempio, descrive il cyberbullismo semplicemente come *“Bullismo virtuale, compiuto mediante la rete telematica”*¹, rendendo evidente la sua correlazione al bullismo. Quest'ultimo è a sua volta definito come *“Comportamento da bullo; spavalderia arrogante e sfrontata. In partic., atteggiamento di sopraffazione sui più deboli, con riferimento a violenze fisiche e psicologiche attuate spec. in ambienti scolastici o giovanili”*² e *“Bullismo, maltrattamento, intimidazione, vessazione, violenza psicologica perpetrata in una scuola o in un posto di lavoro”* (relativa al corrispettivo inglese *bullying*). Le definizioni di cyberbullismo maggiormente citate in letteratura si basano a loro volta su descrizioni precedentemente offerte del bullismo: così Smith ha parlato di un *“atto aggressivo ed intenzionale realizzato da un gruppo o un individuo con l'utilizzo di forme di comunicazione elettronica, ripetutamente nel tempo e contro una vittima non in grado di difendersi”*³. Tokunaga ha descritto il cyberbullismo come *“un qualsiasi comportamento commesso utilizzando mezzi elettronici o media digitali da parte di individui o gruppi che ripetutamente comunicano messaggi ostili o aggressivi con l'intenzione di recare danno o molestia agli altri.”*⁴ E ancora, Patchin e Hinduja come il provocare a terzi *“un danno volontario e ripetuto per mezzo di messaggi di testo elettronici.”*⁵ A fronte della magmaticità del fenomeno del cyberbullismo, riteniamo opportuno investigare più a fondo le ragioni sottostanti a questa pluralità

¹ Così nel Vocabolario on-line Treccani, [https://www.treccani.it/vocabolario/cyberbullismo_\(Neologismi\)](https://www.treccani.it/vocabolario/cyberbullismo_(Neologismi)), sito web, visitato il 18.02.2022

² Così nel Vocabolario on-line Treccani, <https://www.treccani.it/vocabolario/bullismo/>, sito web, visitato il 18.02.2022

³ Nell'originale in inglese: *“An aggressive, intentional act carried out by a group or individual, using electronic forms of contact, repeatedly and over time against a victim who cannot easily defend him or herself”*, P. K. Smith, J. Mahdavi, M. Carvalho, S. Fisher, S. Russell, N. Tippett, *Cyberbullying: its nature and impact in secondary school pupils* in Journal of Child Psychology and Psychiatry, 2008

⁴ Nell'originale in inglese: *“any behavior performed through electronic or digital media by individuals or groups that repeatedly communicates hostile or aggressive messages intended to inflict harm or discomfort on others”*, R. Tokunaga, *Following you home from school: A critical review and synthesis of research on cyberbullying victimization in Computers in Human Behavior*, 2010

⁵ Nell'originale in inglese: *“willful and repeated harm inflicted through the medium of electronic text”*, J.W. Patchin, S. Hinduja, *Bullies Move Beyond The Schoolyard A Preliminary Look at Cyberbullying*, in Youth Violence and Juvenile Justice, 2006

di definizioni, senza la presunzione di operarne un'analisi esaustiva, ma con l'intenzione di migliorare la comprensione del fenomeno nelle sue svariate sfaccettature.

1.1 Confronto con il bullismo in senso classico

Nonostante la definizione dell'uno non possa prescindere da quella dell'altro, le dimensioni *online* ed *offline* del bullismo sono corredate da specificità che consentono di distinguere nettamente i due fenomeni. Talvolta il cyberbullismo agisce come prolungamento del bullismo, permettendo agli stessi aggressori di raggiungere le proprie vittime anche al di fuori dei luoghi frequentati da entrambi (si pensi all'ambiente scolastico, ai mezzi pubblici o, più genericamente, al tragitto dalla scuola alla propria abitazione, nella cultura popolare luoghi paradigmatici dell'azione del classico "bullo")⁶; in altri casi, meno frequenti, le aggressioni sono subite esclusivamente nel mondo virtuale, sovente perpetrate da chi cerca di stabilire un rapporto di dominanza su altri utenti per compensare il proprio essere vittima di bullismo *offline*, facilitato dall'anonimato garantito dal web che non può, ovviamente, estendersi *sic et simpliciter* ai casi di bullismo tradizionale.⁷

Le similitudini tra i due fenomeni permettono di estendere ad entrambi la distinzione tra modalità dirette e indirette, fondata sul diverso grado di percepibilità della condotta del cyberbullo.⁸ La distinzione si apprezza in base al contatto che viene stabilito tra bullo e vittima: nel cyberbullismo diretto, il bullo si riferisce direttamente al suo specifico target e ogni messaggio è indirizzato alla vittima, mentre in quello indiretto il cyberbullo si avvale di una piattaforma pubblica per condividere contenuti offensivi, senza direzionare direttamente i propri attacchi alla vittima ma minandone la reputazione con gli altri utenti della rete.⁹

Una ricerca statunitense della fine degli anni '90 del secolo scorso, finanziata dal governo degli Stati Uniti, ha individuato tre caratteristiche fondamentali del bullismo. Perché un comportamento sia definibile come bullismo è necessario che abbia dei connotati di aggressività, ed essere caratterizzato dall'intenzione di fare del male, dalla ripetitività del comportamento, e dalla collocazione in un contesto relazionale caratterizzato da uno squilibrio di potere.¹⁰ Anche se gli stessi elementi sono generalmente riscontrati a loro volta nel cyberbullismo, benché molto spesso si atteggiino in modo diverso: intenzionalità e ripetitività figurano anche negli studi sul tema di

⁶ J.W. Patchin, S. Hinduja, op. cit.

⁷ M. Ybarra, K. Mitchell, *Online aggressor/targets, aggressors, and targets: a comparison of associated youth characteristics*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 2004, pp. 1308–1316

⁸ M. Chiovini, *Bullismo e cyberbullismo: un'analisi psico-criminologica. Dal profilo di personalità agli interventi rieducativi*, ISF Magazine, 2019

⁹ C. Langos, *Cyberbullying: the Challenge to Define*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 2012

¹⁰ D. Olweus, S. Limber, S. Mihalic, *Bullying Prevention Program*, in D.S. Elliott (a cura di), *Blueprints for Violence Prevention: Book 9*, 1999, University of Colorado, Institute of Behavioral Science, Center for the Study and Prevention of Violence, Boulder, CO, U.S.A.

psicologia dello sviluppo e psichiatria,¹¹ anche se questo secondo elemento essenziale del bullismo tradizionale è stato oggetto di discussione. Infatti, diversi studiosi hanno messo in dubbio l'essenzialità dell'elemento della ripetitività del comportamento, sostenendo piuttosto che la ripetizione potesse avvenire accidentalmente, sfuggendo dal controllo del cyberbullo, come nell'ipotesi spesso riscontrata della circolazione di una foto che viene inoltrata dai destinatari originari. Chiedono gli autori: “*Se la ripetizione non avviene per mano dell'autore, è comunque cyberbullismo?*”¹²

A fronte di questa percepita insufficienza della definizione di cyberbullismo quale condotta necessariamente reiterata, Langos ha suggerito di distinguere tra condotte di cyberbullismo dirette ed indirette: per le prime, la ripetizione dovrà sussistere in un contesto privato e dipendere da molteplici comunicazioni; nel secondo caso, dove le comunicazioni sono state riferite a persone diverse ed ulteriori rispetto alla vittima, la ripetizione potrebbe dipendere semplicemente dalla condivisione da parte di altri utenti sulla stessa piattaforma della singola comunicazione del cyberbullo.¹³ Lo stesso studio sostiene che nel bullismo diretto l'elemento dell'intenzione debba abbracciare anche la ripetizione del comportamento e includere il fatto che la condotta lesiva non corrisponda ad un incidente isolato, dovendo tuttavia tener presente anche la gravità delle parole, dei suoni o delle immagini utilizzate. Nel bullismo indiretto, invece, sarà necessario analizzare quanto la comunicazione fosse comunque diretta alla vittima, e quanto l'autore fosse effettivamente intenzionato ad offenderla.¹⁴ Uno studio incentrato sull'analisi delle varie definizioni del cyberbullismo presenti in letteratura è giunto tuttavia alla conclusione che, anche se l'intenzionalità della condotta è spesso presentata come elemento caratterizzante della stessa ai fini della sua qualificazione, un qualunque comportamento può essere considerato come cyberbullismo se la vittima si sente colpita dallo stesso, indipendentemente dalla sua intenzionalità; al contrario, in presenza di intenzionalità “malevola” da parte del cyberbullo, il comportamento va considerato come cyberbullismo indipendentemente dalla percezione della vittima.¹⁵

L'elemento essenziale dello “squilibrio di potere”, seppur onnipresente, è basato su considerazioni diverse: mentre nel bullismo tradizionale può derivare da caratteristiche fisiche o sociali come statura o popolarità, sul web deriva invece dalle capacità del cyberbullo di sfruttare la tecnologia a

¹¹ J.W. Patchin, S. Hinduja, op. cit.

¹² Nell'originale in inglese: “*If the repetition is not carried out by the perpetrator, is this still cyberbullying?*” R. Slonje, P. K. Smith, A. Frisén, *The nature of cyberbullying, and strategies for prevention*, in *Computers in Human Behavior*, 2012

¹³ C. Langos, op. cit.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ I. Peter, F. Petermann, *Cyberbullying: A concept analysis of defining attributes and additional influencing factors* in *Computers in Human Behavior*, 2018

proprio vantaggio.¹⁶ Proprio per questo motivo il cyberbullismo può diventare un'opportunità di vendetta o (contro-)attacco per le vittime del bullismo tradizionale.¹⁷ Da questo non può che derivare una diversità dei tratti caratteristici di bulli e cyberbulli, che sembra riflettersi in primo luogo sul loro genere: infatti, mentre studi sul bullismo tradizionale ne hanno osservata la predominante diffusione tra ragazzi,¹⁸ altri studi sul cyberbullismo non testimoniano differenze significative nella partecipazione di ragazze e ragazzi.¹⁹ L'anonimia fornita dalla rete, inoltre, contribuisce alla creazione dello squilibrio instillando nelle vittime un senso di impotenza,²⁰ lo stesso che viene percepito nel caso in cui l'autore sia in possesso di materiale imbarazzante o lesivo appartenente alla vittima, che potrebbe controllare o pubblicare a suo piacimento.²¹

Oltre a intenzionalità, ripetitività e squilibrio di potere, definizioni più recenti del cyberbullismo hanno suggerito l'aggiunta di elementi caratterizzanti ulteriori. Tra questi, ad esempio, l'anonimato dell'autore,²² che caratterizza il fenomeno e da cui derivano maggiori difficoltà nell'ostacolare la proliferazione del cyberbullismo.²³ Altri hanno proposto come elementi caratterizzanti la "costante disponibilità"²⁴ e il gran numero di spettatori,²⁵ elementi che vengono definiti con il termine di "pubblicità." Secondo l'interpretazione offerta, studenti di vari paesi europei intervistati ai fini della ricerca hanno inquadrato un maggior disvalore del cyberbullismo rispetto al bullismo tradizionale a causa, appunto, del ruolo ricoperto dagli "spettatori."²⁶ Si aggiungono a questo le considerazioni di una ricerca sul fenomeno del cyberbullismo effettuata a Taiwan in cui, senza volontà definitorie, si evidenzia che il cyberbullismo, rispetto al bullismo tradizionale, è caratterizzato da una maggiore pericolosità a causa della sua velocità, pervasività, inarrestabilità ed inevitabilità.²⁷

¹⁶ J.W. Patchin, S. Hinduja, op. cit.

¹⁷ Y. Huang, C. Chou, *An analysis of multiple factors of cyberbullying among junior high school students in Taiwan*, in *Computers in Human Behavior*, 2010, DOI: <https://doi.org/10.1016/j.chb.2010.06.005>

¹⁸ D. Olweus, *Bullying at school: What we know and what we can do*, Blackwell, 1993

¹⁹ P. K. Smith, J. Mahdavi, M. Carvalho, S. Fisher, S. Russell, N. Tippett, op. cit.

²⁰ C. Langos, op. cit.

²¹ F. Sticca, S. Perren, *Is Cyberbullying Worse than Traditional Bullying? Examining the Differential Roles of Medium, Publicity, and Anonymity for the Perceived Severity of Bullying* in *Journal of Youth and Adolescence*, 2013

²² G. Brewer, J. Kerslake, *Cyberbullying, self-esteem, empathy and loneliness* in *Computers in Human Behavior*, 2015, e J.W. Patchin, S. Hinduja, *Cyberbullying: A review of the legal issues facing educators* in *Preventing School Failure: Alternative Education for Children and Youth*, 2011, e E. Hutson, *Cyberbullying in adolescence. A concept analysis*, 2016

²³ R. Slonje, P. K. Smith, A. Frisén, *Perceived reasons for the negative impact of cyberbullying and traditional bullying* in *European Journal of Developmental Psychology*, 2016

²⁴ E. Hutson, op. cit., e E.M. Selkie, J.L. Fales and M.A. Moreno, *Cyberbullying prevalence among us middle and high school-aged adolescents: A systematic review and quality assessment*, 2016, e J.W. Patchin, S. Hinduja, op. cit.

²⁵ Y. Huang and C. Chou, *Revisiting cyberbullying: Perspectives from taiwanese teachers* in *Computers & Education*, 2013 e E.M. Selkie, J.L. Fales and M.A. Moreno op. cit.

²⁶ A. Nocentini, J. Calmaestra, A. Schultze-Krumbholz, H. Scheithauer, *Cyberbullying: Labels, Behaviours and Definition in Three European Countries*, in *Australian Journal of Guidance and Counseling*, 2010

²⁷ Y. Huang, C. Chou, *An analysis of multiple factors of cyberbullying among junior high school students in Taiwan*, in *Computers in Human Behavior*, 2010

1.2 Forme di manifestazione del fenomeno

Oltre alle considerazioni già offerte sulle peculiarità del cyberbullismo rispetto al bullismo tradizionale, è opportuno considerare anche la vastissima gamma di comportamenti che vengono comunemente ricondotti al fenomeno del cyberbullismo, la cui numerosità è testimoniata, in primo luogo, dalle classificazioni elaborate dagli studiosi.

Mentre le forme classiche di bullismo si distinguono in bullismo fisico, verbale e relazionale, fondando le proprie categorizzazioni sulle diverse modalità con cui il bullo può ottenere uno stesso risultato, le distinzioni interne al cyberbullismo, oltre a descrivere la condotta posta in essere, possono basarsi anche sui diversi mezzi telematici che vengono utilizzati. Da qui, ad esempio, la categorizzazione offerta dal gruppo guidato dallo psicologo inglese Peter Smith, fondata su sette diversi strumenti di comunicazione, corrispondenti a chiamate telefoniche, messaggi, rappresentazioni visive (fotografie e video), e-mail, *chatrooms*, messaggistica istantanea e siti web.²⁸

Uno studio sulle categorizzazioni del cyberbullismo in diversi paesi europei è invece giunto all'elaborazione di quattro categorie di condotta principali, corrispondenti ad attività scritta e verbale (tramite telefonata, e-mail, messaggi, chat e vari siti web), attività visiva (condivisione di foto e video compromettenti con strumenti tecnologici), imitazione (furto o rivelazione di informazioni personali con l'utilizzo delle credenziali della vittima) ed esclusione intenzionale da gruppi online.²⁹ Lo stesso studio, intervistando degli studenti italiani, tedeschi e spagnoli, ha ottenuto dai giovani una ricca esemplificazione di condotte materiali che i soggetti hanno inserito all'interno di ciascun macro-gruppo, potendo giungere ad una più precisa categorizzazione. Nel primo (attività scritta e verbale) sono stati inseriti l'abuso, lo stalking, la violenza psicologica, ma anche comportamenti più specifici come le minacce e i ricatti; nella categoria dell'attività visiva sono state ricondotte violazione della privacy e condotte che comportano umiliazione pubblica. La categoria della "*impersonation*", invece, è stata parzialmente sovrapposta a quella delle attività visive da parte degli intervistati, contenendo quindi condotte di violazione della privacy e di umiliazione, soprattutto in virtù del fatto che il furto delle credenziali e dell'identità virtuale molto spesso offre accesso ai contenuti privati che potrebbero eventualmente essere diffusi; diversamente dalle condotte inserite nelle attività visive, però, gli studenti hanno fatto riferimento anche e più genericamente al vero e proprio furto di identità da parte del cyberbullo. Per la categoria

²⁸ P. K. Smith, J. Mahdavi, M. Carvalho, S. Fisher, S. Russell, N. Tippett, *Cyberbullying: its nature and impact in secondary school pupils*, in *The Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2008

²⁹ A. Nocentini, J. Calmaestra, A. Schultze-Krumbholz, H. Scheithauer, op. cit.

dell'esclusione dai gruppi online gli intervistati hanno fatto riferimento ad attività che comportano abbandono ed isolamento sociale.

Dalla giurista ed educatrice statunitense Nancy Willard giunge una diversa categorizzazione delle condotte di *cyberbullying*, basata, invece, sul comportamento realizzato, distinguendo il *flaming* (infiammare), corrispondente all'istigazione di litigi online con l'uso di linguaggio volgare, l'*harassment* (molestie), consistente nel ripetuto invio di messaggi offensivi, la *denigration* (denigrazione), anche detta *dissing*, che si traduce nell'insulto o diffamazione con vari mezzi, come il pettegolezzo, volti a ledere l'immagine pubblica della vittima, l'*impersonation* (furto d'identità), ovvero il furto dell'*account* della vittima al fine di minarne le amicizie, inviando messaggi di vario tipo o condividendo contenuti che potrebbero lederne la reputazione e, infine, l'*outing and trickery* (esposizione ed inganno), corrispondente alla diretta condivisione di segreti e informazioni personali o all'ingannare la vittima per farsi rivelare i segreti che saranno poi condivisi.³⁰

La creazione di diverse categorie per distinguere all'interno delle condotte di cyberbullismo è infine sfociata nella coniazione di veri e propri neologismi specifici, come il *cyberstalking*, *cyberteasing*, *cyberarguing* e *cyberbashing*. Alcune di queste definizioni sono pensate solo per tradurre sul piano virtuale dei comportamenti che possono avvenire anche al di fuori dello stesso, analogamente a quanto accade per lo stesso cyberbullismo rispetto al bullismo tradizionale, prendendo atto delle diverse modalità ed estrinsecazioni che una stessa condotta può presentare se realizzata con mezzi diversi.

I più rilevanti ai fini della nostra esposizione sono certamente il *cyberteasing* e il *cyberbashing*. Il *cyberteasing* (da *cyber* e *teasing*, ovvero sia stuzzicare, prendere in giro), secondo una indagine condotta dalla psicologa belga Heidi Vandebosch sulla percezione del cyberbullismo da parte dei minori, non avrebbe l'obiettivo di fare del male né di essere un comportamento necessariamente abituale, ma consisterebbe piuttosto in un fenomeno che si inserisce in rapporti paritari, privi di uno squilibrio di potere,³¹ mancando dunque degli elementi caratterizzanti del cyberbullismo.³² Anche se il *cyberteasing* corrisponde ad un comportamento scherzoso e gioviale non ripetitivo, è opportuno ricordare le conclusioni di Olweus per cui la condotta scherzosa, degradante od offensiva che continui nonostante le proteste del ricevente non può che qualificarsi comunque come bullismo.³³ Altri hanno individuato, all'interno del *genus* del *cyberteasing*, l'ulteriore *species*

³⁰ N. Willard, *Cyberbullying and Cyberthreats: Responding to the Challenge of Online Social Aggression, Threats, and Distress*, Research Press, 2007

³¹ H. Vandebosch, *Defining cyberbullying: A qualitative research into the perceptions of youngsters in Cyberpsychology & Behavior*, 2008

³² D. Olweus, S. Limber, S. Mihalic, *op. cit.*

³³ D. Olweus, *Bully/victim problems in school: knowledge base and an effective intervention program in Irish Journal of Psychology*, 1997

dell'*hurtful cyber-teasing* (*cyberteasing* dannoso), composto da una aggressione verbale, come abuso psicologico, aggressione o rifiuto sociale, e da un messaggio correttivo da parte degli adulti di riferimento almeno parzialmente inefficace.³⁴

Il *cyberbashing* (da *cyber* e *bashing*, percuotere, malmenare; può essere tradotto con “maltrattamento informatico”), anche definito *happy slapping* (letteralmente “ceffoni felici”), consiste nella “*produzione di una registrazione video di un’aggressione fisica nella vita reale a danno di una vittima e relativa pubblicazione online a cui aderiscono altri utenti che, pur non avendo partecipato direttamente all’accaduto, esprimono commenti, insulti e altre affermazioni diffamanti e ingiuriose. I video vengono votati o consigliati come ‘preferiti’ o ‘divertenti’*”, raggiungendo così un’elevata diffusione e cagionando un perdurante danno per il ragazzo o la ragazza vessati.³⁵

1.3 Similitudini con altri fenomeni online

L’opportunità delle definizioni proposte di cyberbullismo, principalmente dai criminologi e dagli psicologi, dà l’occasione di procedere ad una breve disamina dei fenomeni ad esso concomitanti, dotati di una propria autonomia concettuale. Immediatezza di comunicazione, accesso ad informazioni, anonimato, continua disponibilità, condivisione di interessi, diffusione di informazioni, sono armi a doppio taglio: per ogni utilizzo “positivo” di internet ne esiste un corrispettivo negativo, il che non si riflette soltanto sulla trasposizione in un contesto virtuale dello stesso bullismo che ogni generazione ha, purtroppo, conosciuto. Diventando un prolungamento della nostra quotidianità, il *web* si è fatto contenitore di ogni forma d’odio già presente nella società, talvolta anche arrivando ad amplificarla, fungendo da cassa di risonanza. Anche la persona più “virtuosa” *offline* può essere stata vittima delle dinamiche tossiche di internet: a tal proposito, uno studio sul linguaggio utilizzato sui *social network* (nello specifico, su *Youtube*) è giunto alla conclusione che “*non esistono degli haters ‘puri’*”, ma che “*il linguaggio d’odio e l’hate speech coinvolgono l’utente medio, occasionalmente portato ad usare un linguaggio tossico*”³⁶. All’utente medio si aggiungono, ovviamente, i gruppi estremisti che incitano alla violenza di massa: ed è proprio con “*cyberhate*”, ad esempio, che si intende la creazione degli “*hate groups*” volti a

³⁴ P. E. Madlock, D. Westerman, *Hurtful Cyber-Teasing and Violence: Who’s Laughing Out Loud?* in *Journal of Interpersonal Violence*, 2011

³⁵ Così definito, oltre che dagli autori già citati, anche sul glossario del Cybercrime del ministero della Giustizia iGloss@ 1.1, disponibile online all’indirizzo https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_5_12_1.page?contentId=GLM1144718, sito web, visitato il 10.02.2022

³⁶ Nell’originale in inglese: “*we do not observe the presence of “pure” haters, instead it seems that the phenomenon of hate speech involves regular users who are occasionally triggered to use toxic language*”, M. Cinelli, A. Pelicon, I. Mozetič et al., *Dynamics of online hate and misinformation* in *Nature Scientific Reports*, 2021, DOI: <https://doi.org/10.1038/s41598-021-01487-w>

condurre un'attività propagandistica e di indottrinazione basata sulla disseminazione d'odio e sulla diffusione di informazioni, storicamente inaccurate, con lo specifico obiettivo di attaccare in vari modi degli specifici gruppi sociali.³⁷ La vastità di mezzi che possono essere utilizzati per attaccare sia un'unica persona che un gruppo sociale rende particolarmente difficile la ricerca di un qualunque termine che riesca a ricomprendere al suo interno sia la coordinazione di un attacco terroristico che la diffusione delle “*dis-information*”³⁸: da qui l'ovvia critica che si rifletterà necessariamente su ogni definizione offerta, che potrà essere solo vasta ed incapace di cogliere sfumature o, al contrario, eccessivamente ristretta e non corrispondente alla realtà fenomenica.

È opportuno a tale proposito offrire un breve scorcio sul c.d. *hate speech*, ovvero sia l'espressione di odio rivolta ad una minoranza, spesso citata a proposito di attività di persecuzione online da parte di gruppi di c.d. *odiatori*, detti anche *haters*. Autorevole dottrina angloamericana, da sempre particolarmente attenta alle discriminazioni basate sull'etnia e l'appartenenza razziale, occupandosi dei messaggi d'odio nel contesto embrionale della nascita delle c.d. *critical race theories* ne ha individuato tre “messaggi” fondamentali, nel senso di intenti comunicativi da parte dell'autore, che devono essere presenti perché si tratti di vero e proprio *hate speech*: “1. Il messaggio di inferiorità razziale; 2. Il messaggio diretto contro un gruppo storicamente oppresso; 3. Il messaggio persecutorio, di odio e degradante.”³⁹ Un'altra definizione ci giunge sempre da oltreoceano, secondo la quale il c.d. *hate speech* sarebbe invece “una qualunque forma di espressione che produca una qualunque delle conseguenze dannose che promotori della soppressione riconducono all'*hate speech*: perdita di autostima, subordinazione economica e sociale, stress mentale e fisico, il mettere a tacere la vittima o la sua reale esclusione dall'arena politica.”⁴⁰

Sul piano normativo in Europa, invece, una delle prime definizioni di *hate speech* offerte è stata quella del Consiglio d'Europa nel 1997, rivolta a “tutte le forme di espressione miranti a diffondere, fomentare, promuovere o giustificare l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio fondate sull'intolleranza, tra cui l'intolleranza espressa sotto forma di nazionalismo

³⁷ T. Quandt e R. Festl, *Cyberhate*, in *International Encyclopedia of Media Effects* (pp.8), 2017, Wiley-Blackwell, Hoboken, NJ, U.S.A.

³⁸ Così definita a livello sovranazionale dall'UNESCO: “*Information that is false and deliberately created to harm a person, social group, organisation or country*”, in C. Ireton, J. Posetti (a cura di), *Journalism, 'Fake News' & Disinformation, Handbook for Journalism Education and Training*, 2018, United Nations Educational Scientific and Cultural Organization, Parigi, Francia. Disponibile online all'indirizzo: <https://en.unesco.org/fightfakenews>, sito web, visitato il 05.02.2022

³⁹ Nell'originale in inglese: “1. *The message is of racial inferiority; 2. The message is directed against a historically oppressed group; and 3. The message is persecutorial, hateful, and degrading*” M. J. Matsuda, *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in *Michigan Law Review*, 1989

⁴⁰ Nell'originale in inglese: “*any form of speech that produces any of the harms which advocates of suppression ascribe to hate speech: loss of self-esteem, economic and social subordination, physical and mental stress, silencing of the victim, and effective exclusion from the political arena*” C. R. Massey, *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, in *UCLA Law Review*, 1992

aggressivo e di etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità nei confronti delle minoranze, dei migranti e delle persone di origine immigrata."⁴¹ L'Unione Europea nel 2008 ha invece parlato de "l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio nei confronti di un gruppo di persone o di un suo membro, definito in riferimento alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza, o all'origine nazionale o etnica."⁴² La Commissione europea contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) ha fatto riferimento "all'appello all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza", ritenendo necessario l'intervento penale "quando il discorso dell'odio possa essere inteso come un incitamento, o ci si possa ragionevolmente attendere che abbia l'effetto di incitare altri a commettere atti di violenza, di intimidazione, di ostilità o di discriminazione nei confronti delle persone prese di mira."⁴³

Ad ogni trasposizione nel mondo digitale di comportamenti dannosi (e spesso illeciti) già tenuti nel mondo reale ne corrisponde nel mondo "virtuale", come già accennato, una modifica delle modalità di attuazione e presentazione, a cui si aggiungono anche diversi stimoli e reazioni: studi sul c.d. "moral outrage" (indignazione morale) testimoniano la sproporzionalità delle reazioni ad una stessa trasgressione a seconda che questa sia percepita sul web o di persona,⁴⁴ tanto che alcuni comportamenti che non susciterebbero alcuna reazione in un ambito riescono invece ad innescare una pericolosissima reazione a catena nell'altro. In questo modo viene a crearsi il c.d. "networked harassment" (molestia coordinata), così definito da recenti studi nella scienza delle comunicazioni, ovvero sia una sottospecie del più generico "online harassment" (molestia online), inizialmente utilizzato come sinonimo di bullismo per poi qualificarsi e dividersi in sottocategorie in grado di comprendere al suo interno sia un semplice utilizzo di termini offensivi che, al contempo, delle molestie sessuali. Marwick ha distinto il "dyadic harassment" (molestia diadica), che vede lo scontro di due sole persone, dal "normalized harassment" (molestia normalizzata), rivolto al singolo da un gruppo connesso via internet. Il "networked harassment" viene suddiviso in alcuni momenti chiave, corrispondenti all'individuazione di una o più violazioni di una norma sociale o morale (che gli autori definiscono "accusa", "the accusation"), che viene poi pubblicizzata da degli utenti amplificatori (*amplifiers*), account o personaggi famosi sul web, il cui seguito, che ne condivide solitamente il *background* morale, finisce per scatenarsi sulla persona che ha realizzato la violazione con minacce od accuse sempre più violente.⁴⁵

⁴¹ Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, n. 20, 30 Ottobre 1997.

⁴² Decisione quadro dell'Unione Europea sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia (2008/913/GAI), 28 novembre 2008.

⁴³ Raccomandazione di politica generale n. 15, 21 marzo 2016.

⁴⁴ M. J. Crockett, *Moral outrage in the digital age*, in *Nature Human Behavior*, 2017

⁴⁵ A. Marwick, *Morally Motivated Networked Harassment as Normative Reinforcement*, in *Social Media + Society*, 2021, DOI: <https://doi.org/10.1177/20563051211021378>

2. EZIOLOGIA E CARATTERISTICHE DEL BULLISMO ONLINE: TRA PSICOLOGIA, NEUROSCIENZE E ANONIMATO

Il cyberbullismo, come condotta volta a cagionare nella vittima una sofferenza, si inserisce certamente al di fuori delle condotte sociali accettate; ed infatti nello studio del fenomeno riteniamo opportuno procedere ad una disamina, dapprima, dei fattori di rischio connessi alla messa in atto di condotte antisociali da parte dei minori in generale, elencando le caratteristiche correlate alla condotta antisociale e criminale dell'adolescente, per poi analizzare l'anonimato, la caratteristica del fenomeno del cyberbullismo che ne aumenta la pericolosità, soprattutto se in aggiunta ai fattori di rischio di altro tipo.

Diversi criminologi nazionali ed internazionali⁴⁶ hanno suddiviso i fattori di rischio principalmente in fattori di tipo personale (relativi alla psicologia, biologia, genetica del singolo), sociali (relativi all'ambiente di sviluppo, familiari, amicali, etc.) e fattori legati alle opportunità criminose. Questi fattori di rischio dipendono quindi da caratteristiche personali o da situazioni familiari, ambientali, scolastiche, contestuali o amicali, e ciascuno di esse contribuisce al rischio che il minore si renda autore di condotte antisociali, ma di per sé non si pone in un rapporto di causa-effetto con il fenomeno del cyberbullismo, costituendo – appunto – un fattore di rischio, ovverosia una circostanza che aumenta statisticamente il rischio di comportamenti antisociali nel singolo ragazzo.

2.1 Fattori personali

Senza pretesa di esaustività, andiamo ad illustrare i fattori di rischio personali connessi all'attività antisociale in genere, da un'analisi dei quali possiamo desumere i fattori di rischio propri del cyberbullismo. In poche parole: quali fattori personali aumentano il rischio di comportamenti antisociali, e nello specifico di bullismo telematico?

Nella categoria dei fattori di rischio di tipo genetico/biologico, sono inclusi: essere di sesso maschile, avere un alto livello di testosterone, un basso livello di serotonina, un basso tasso cardiaco, avere una maggiore attività delle onde cerebrali lente, una bassa attività del sistema

⁴⁶ I fattori elencati sono una schematizzazione di vari studi sul campo della devianza giovanile, e nello specifico: D. P. Farrington, *Integrated developmental and life-course theories of offending*, 2008, Transaction Publishers, New Brunswick, NJ, U.S.A.; M.W. Lipsey, e J.H. Derzon; *Predictors of violent or serious delinquency in adolescence and early adulthood: A synthesis of longitudinal research*, 1997, Thousand Oaks. R. Loeber; *Developmental continuity, change, and pathways in male juvenile problem behaviours and delinquency*; In J.D. Hawkins (ed.) *Delinquency and crime: Current theories (1-27)*, 1996, Cambridge University Press, New York; A. R. Piquero, J. D. Hawkins, L. Kazemian et al.; *Serie Especial: Transición desde la Delincuencia juvenil a la Delincuencia Adulta. Patrones de la carrera delictiva; prevalencia, frecuencia, continuidad y desistimiento del delito*; in *Revista Española de Investigación Criminológica (Reic)*, 2013, vol. 1 n. 11; S. Redondo Illescas, A. Martínez -Catena, e A. Andrés Pueyo; *Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores*; Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 1-191; 2011.

nervoso autonomo, una bassa attività del lobo frontale⁴⁷. Tra gli altri sono stati considerati fattori di rischio per condotte antisociali problemi legati alla gravidanza e al parto, che possono causare un cattivo sviluppo del feto, come per esempio il consumo da parte della madre di alcol e sigarette, complicazioni durante il parto che producono possibili danni neurologici (c.d. sofferenza fetale), basso peso del nascituro, ecc.

All'esame psichico, i minori che si rendono autori di condotte antisociali più probabilmente esprimono una sensazione di noia, un sentirsi insoddisfatti, ed ancora un'insensibilità e indifferenza verso gli altri. Altre volte esprimono estroversione, ostilità e irritabilità verso gli altri, impulsività, tendenza a ingannare e mentire al prossimo, incapacità nel mantenere compromessi e promesse, ricerca di nuove esperienze e sensazioni (si considerano anche la precocità e la promiscuità sessuale) o addirittura vera e propria psicopatia. Inoltre, in questa categoria sono stati inseriti anche il prediligere esperienze rischiose, problemi di attenzione ed iperattività, egocentrismo, bassa tolleranza alla frustrazione, presenza di disturbo post-traumatico da stress, tendenze suicide o vere e proprie malattie mentali, come la schizofrenia (caratterizzata dalla presenza di allucinazioni e deliri).

Tra i fattori di rischio comportamentali vi sono invece l'aggressività sin dall'infanzia con predisposizione a partecipare a risse, aggredire e minacciare gli altri sin da giovane età, consumo precoce di alcol e droghe. Tra i fattori di rischio di tipo cognitivo-emozionale rientrano aspetti come il deficit nell'educazione, poco interesse e diligenza nello svolgere le proprie mansioni lavorative, mancanza di empatia verso gli altri e incapacità di immedesimazione e comprensione per la sofferenza altrui, tendenza a soddisfare i bisogni immediati senza preoccuparsi per il futuro, tendenza a giustificare i propri insuccessi attribuendo la responsabilità a fattori esterni. Tra gli altri fattori di rischio appartenenti alla categoria cognitivo-emozionale vi sono infine la bassa autostima dei soggetti e la percezione negativa che questi hanno di loro stessi.

Tra i fattori di rischio legati all'intelligenza e alle abilità di apprendimento sono rappresentati deficit intellettivi, lacune dell'intelligenza emozionale; difficoltà di apprendimento verbale, come ad esempio limitazioni nella comprensione ed espressione verbale; lacune o ritardo nell'apprendimento in generale, come leggere, scrivere, fare calcoli matematici; deficit nell'apprendimento della disciplina dovuti all'incapacità di modificare la propria condotta nonostante siano stati realizzati degli interventi correttivi, quindi resistenza agli interventi correttivi degli adulti di riferimento; basso rendimento scolastico dovuto all'abbandono o all'insuccesso scolastico.

⁴⁷ Sui fattori neurologici correlati a comportamenti antisociali, v. *infra*, cap. 2.3.

2.2 Ambiente familiare

L'ambiente familiare emerge come uno tra i principali fattori di rischio che risultano significativamente correlati ai comportamenti antisociali. Molti autori hanno cercato di fornire una lettura ed una spiegazione della devianza minorile attraverso l'individuazione di caratteristiche particolari relative all'ambiente familiare, alle sue dinamiche, alle figure parentali ecc.; questo perché nella fase adolescenziale il sistema familiare assolve a un ruolo di guida per l'adolescente alle prese con l'acquisizione e lo sviluppo dell'identità, con la trasformazione dei legami affettivi preesistenti e con il processo di rinegoziazione interna ed esterna.⁴⁸ Vari studi hanno individuato più nello specifico alcuni fattori di rischio che più di altri possono generare devianza.

Uno di questi è quello di Bowlby⁴⁹ in cui egli aveva confrontato un gruppo di 44 ladri con uno di 44 ragazzi con disturbi di vario tipo. Dall'analisi emerse che il 40% dei ragazzi ladri aveva subito una separazione dalla figura materna entro il quinto anno d'età, mentre solo il 5% dei ragazzi con disturbi aveva vissuto un'esperienza simile. Bowlby concluse che vi era un'associazione tra assenza di cure materne e devianza minorile.

Spitz⁵⁰ si è occupata di bambini che erano stati privati della figura materna nel primo anno di vita. La studiosa ha riscontrato che questi bambini soffrivano di depressione e si trovavano in uno stato di deperimento fisico e psichico.

Molti studi hanno evidenziato l'influenza che la mancanza di cure materne ha sulla devianza minorile. Poche ricerche sono state invece realizzate sull'influenza della mancanza della figura paterna.

Lo studioso Andry⁵¹ ha confrontato 80 ragazzi delinquenti con 80 non delinquenti ed è arrivato alla conclusione che i ragazzi delinquenti avevano avuto con i padri rapporti più difficili, caratterizzati da scarsa comunicazione. Ancora, la studiosa Arca⁵² nel suo studio condotto su 52 ragazzi di cui 26 delinquenti e 26 non delinquenti, ha evidenziato che i ragazzi del primo gruppo avevano avuto padri violenti, aggressivi ed alcolizzati; mentre lo studio effettuato da Piseddu⁵³ alla fine degli anni 60' ad Orgosolo (NU), un paese con una economia agro-pastorale, dimostrò che la mancanza prolungata del padre per motivi di lavoro era correlata ad una "femminilizzazione" dei figli maschi e successivamente di una "mascolinizzazione" compensata che spesso sfociava in condotte antisociali.

⁴⁸ M. Aliprandi, E. Pelanda, T. Senise, *Psicoterapia breve di individuazione*, 1990, Feltrinelli, Milano.

⁴⁹ J. Bowlby, *Costruzione e rottura dei legami affettivi*, 1982, Cortina, Milano.

⁵⁰ R. Spitz, *Il primo anno di vita. Studio Psicoanalitico sullo sviluppo delle relazioni oggettuali*, 1969, Armando Editore, Roma.

⁵¹ R. G. Andry, *Delinquency and parental pathology*, 1960, Methue, Londra.

⁵² G. Arca, *La figura paterna nella devianza giovanile in Sardegna*, 1997, Celt editrice, Milano.

⁵³ *Ibid.*

Va richiamato anche il contributo dello studioso Parsons,⁵⁴ per il quale il compito della società è quello di occuparsi della socializzazione dell'individuo. Egli afferma che in un primo momento, la socializzazione dell'individuo è affidata alla famiglia (socializzazione primaria) e in seguito al gruppo amicale, alla scuola e alle istituzioni (socializzazione secondaria). Per Parsons il comportamento deviante dell'adolescente è determinato da una mancata o mal riuscita socializzazione. L'autore va ricordato anche per l'importanza che ha attribuito alla relazione madre-figlio. Egli sostiene che la devianza è determinata da un difetto di comunicazione che si presenta all'interno della relazione. Il bambino (ego) deve integrarsi con il ruolo della madre (alter) per poter interagire, e l'integrazione avviene tramite l'apprendimento del compenso e della punizione. Nel momento in cui all'interno della relazione emerge una fonte di disturbo, quale può essere un sentimento di frustrazione provocato dalla madre, la relazione può essere ristabilita spontaneamente, oppure può portare a creare una relazione ambivalente. Il bambino può infatti conformarsi in modo forzato alle imposizioni della madre per ottenere la sua ammirazione, o preferire un distacco forzato per evitare un'ulteriore frustrazione. Parsons è importante anche per l'approfondita analisi sulle ragioni che portano alla criminalità tra i giovani appartenenti alla classe agiata. Per l'autore, tali ragazzi commetterebbero azioni trasgressive come forma di protesta contro l'educazione femminile. Il ragazzo, secondo Parsons, riceve l'educazione dalla madre e tale situazione lo spinge ad identificarsi con la figura materna. Manca il contatto con il padre, poiché quest'ultimo è sovente impegnato nel lavoro e ha poco tempo da dedicare al figlio. Di conseguenza, l'autore asserisce che l'eccessiva presenza della figura materna induce il ragazzo ad avere comportamenti antisociali.

Un altro autore, Cohen,⁵⁵ ha invece analizzato la devianza giovanile e sostiene che le bande delinquenziali sono costituite da giovani di sesso maschile appartenenti alla classe disagiata. Queste bande sono caratterizzate da una violenza distruttiva gratuita; i membri sono edonisti, nel senso che provano piacere dalle sofferenze che causano agli altri, e versatili, nel senso che commettono diversi tipi di reato. Secondo Cohen i giovani della classe disagiata rincorrono le mete culturali proposte dalla società ma, non riuscendo a raggiungerle, si costruiscono attorno un meccanismo di difesa particolarmente utile, ossia quello della formazione reattiva, che consiste nel rifiutare i valori che si desidera raggiungere.

Cloward e Ohlin⁵⁶ hanno invece elaborato la teoria delle opportunità differenziali. I due autori sostengono che gli individui, oltre ad usare mezzi legittimi per raggiungere le mete culturali,

⁵⁴ T. Parsons *Social Deviance*, 1951, Lippincott, Philadelphia, PA, U.S.A.

⁵⁵ K.A. Cohen; *Delinquent boys: the culture of gangs*. New York: The Free Press; 1955.

⁵⁶ R.A. Cloward, e L.E. Ohlin; *Delinquency and Opportunity: A theory of Delinquent Gangs*; New York: Free Press; 1960.

ovverosia quelle mete che la società presenta come dei successi, utilizzano anche mezzi illegittimi quando non possono avvalersi degli altri. I ragazzi delle aree urbane disagiate, utilizzano infatti questi ultimi per raggiungere successo, potere e denaro, ma le opportunità così raggiunte sono comunque limitate. Cloward e Ohlin hanno elaborato tre tipi di subculture delinquenti, suddivise in base al grado di integrazione con la comunità. La *subcultura criminale*, a cui non sono estranei gli adolescenti, ha un grado elevato di integrazione con la comunità: le bande delinquenti di adolescenti compiono reati come furti, rapine, estorsioni e ricattazioni sotto il controllo degli adulti. Gli stessi adolescenti vengono utilizzati dalle organizzazioni criminali degli adulti per commetterli. È inoltre offerta ai ragazzi la possibilità di fare “carriera” e i più “bravi” sono selezionati per far parte di questa organizzazione, laddove al suo interno viene insegnato il “mestiere”. I reati commessi dagli adolescenti hanno l’obiettivo di fargli raggiungere successo, potere e denaro. Gli adolescenti che non riescono a far parte della prima subcultura si aggregano in quella *conflittuale* caratterizzata dall’assenza di integrazione con la comunità. All’interno di questa subcultura gli adolescenti commettono atti vandalici caratterizzati da una violenza distruttiva gratuita. I reati in questa subcultura assumono l’obiettivo di mostrare gli adolescenti come forti e coraggiosi per farli sentire accettati dalla società. Gli adolescenti che non riescono a far parte delle due subculture si aggregano in quella astensionista. La *subcultura astensionista* è costituita principalmente da adolescenti che assumono droghe. Questi giovani si autoescludono dalla realtà per provare in solitudine il piacere della droga e dell’alcol, senza utilizzare la forza né la violenza ma compiendo dei reati per poter acquistare le sostanze stupefacenti.

Bertolini⁵⁷ e Manca⁵⁸ considerano che le azioni devianti intraprese dagli adolescenti sono determinate dal mancato equilibrio che essi hanno con la realtà. In taluni casi questo spinge i ragazzi a ritenere se stessi superiori e a considerare la realtà priva di limiti, non attribuendo il giusto valore alle cose o alle altre persone. In altre circostanze, i ragazzi si sentono impotenti di fronte alla realtà, perciò si lasciano trascinare dalle situazioni e non attribuiscono alle azioni che compiono la giusta rilevanza. Non assumersi le proprie responsabilità e non attribuire valore agli altri è un atteggiamento tipico degli adolescenti che agiscono in gruppo.

R. A. Cloward, e L. E. Ohlin; *Teoria delle bande delinquenti in America*; Bari: Laterza; 1968.

⁵⁷ P. Bertolini, e L. Caronia; *Ragazzi difficili, Pedagogia interpretativa e linee di intervento*, 1993, La Nuova Italia, Firenze, ma anche P. Bertolini; *Dizionario di pedagogia e scienze dell’educazione*, 1996, Zanichelli, Bologna.

⁵⁸ G. Manca; *Disagio, emarginazione e devianza nel mondo giovanile. Note per una riflessione educativa*, 1999, Bulzoni, Roma.

Tra gli studi che evidenziano i fattori di rischio correlati alla famiglia, ci teniamo a sottolineare quello di Gualco ed altri⁵⁹ del 2010 che nasce dall'esigenza di approfondire la questione relativa alla possibile relazione tra le caratteristiche familiari di origine dei giovani e la loro condotta antisociale: in particolare, lo studio si è soffermato sulla struttura e sul "clima" familiare. All'interno dello studio è importante premettere, al fine di comprenderne i risultati, che il campione è stato dapprima suddiviso in soggetti "Devianti" e soggetti "Non devianti" (in base al punteggio ottenuto in un test che richiedeva di sbarrare le caselle delle condotte antisociali commesse dal soggetto fino ad allora) e che, inoltre, sono state individuate quattro tipologie di struttura familiare: 1. Famiglia Unita (presenza di entrambi i genitori); 2. Famiglia Monogenitoriale (presenza di un solo genitore); 3. Famiglia Ricomposta (il ragazzo vive con la madre ed il suo compagno o col padre e la sua compagna); 4. Famiglia Alternata (il ragazzo vive parte del tempo con sua madre e parte del tempo con suo padre).

All'interno di questo studio è stato evidenziato che rispetto alla probabilità di appartenere al gruppo dei giovani "Devianti", la "Famiglia Unita" costituisce un fattore di protezione in confronto a tutte le altre strutture familiari, le quali non dimostrano differenze significative tra loro. Rispetto alle "Famiglie Ricomposte", è stata riscontrata solo una lieve tendenza (giudicata non significativa) di maggiore attività deviante rispetto alle "Famiglie Monogenitoriali": si ritiene però che spesso i figli che vivono in famiglie caratterizzate dalla presenza di un nuovo compagno del genitore, vivano il nuovo ingresso in famiglia come un'invasione, dimostrando così fedeltà e lealtà al genitore biologico assente.⁶⁰

Dall'analisi dei risultati relativi alla distribuzione dei giovani che hanno dichiarato di vivere in famiglie caratterizzate da conflittualità genitoriale o in famiglie in cui non ci sono mai stati episodi di litigi o maltrattamenti tra i genitori, è stato rilevato che i ragazzi provenienti da "Famiglie Conflittuali" si collocano più spesso degli altri nel gruppo dei giovani "Devianti", mentre i loro compagni che non hanno vissuto esperienze di violenza coniugale assistita, trovano maggiore rappresentazione nel gruppo dei "Non Devianti". Anche analizzando la qualità relazionale con le

⁵⁹ B. Gualco, R. Rensi, M. Ruocco e M. Conti; *Struttura familiare e comportamenti devianti dei giovani in Italia: uno studio effettuato attraverso il metodo del self-report*; in Rassegna Italiana di Criminologia, 2010, ISSN 1121-1717, pp. 255-281.

⁶⁰ Per una disamina completa della correlazione tra delinquenza e struttura familiare, soprattutto con riferimento alle famiglie ricomposte e conflittuali, si vedano i contributi di S. K. Datesman, F. R. Scarpitti; *Female Delinquency and Broken Homes*; in *Criminology*, 1975, pp. 33-55; S. Norland, N. Shover, W. E. Thorton, J. James; *Intrafamily Conflict and Delinquency*; in *The Pacific Sociological Review*, 1979, pp. 223-240; E. Doyle McCarthy, J. C. Gersten, S. Langnert; *The Behavioral Effects of Father Absence on Children and Their Mothers*; *Social Behavior and Personality*, 1982, pp. 11-23; H. S. Goldstein; *Parental Composition, Supervision and Conduct Problems in Youths 12 to 17 Years old*; *Journal of American Academy of Child Psychiatry*, 1984, pp. 679-684; S. Cerkovich, P. Giordano; *Family relationships and delinquency*; *Criminology*, 1987, pp. 295-321; ed infine in italiano l'opera di M. Ruocco, A. Sforza; *Contributo metodologico per lo studio degli effetti della violenza coniugale sui figli adolescenti*; *IMAGO Giornale Italiano di Psicopatologia e Psichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza*, 2004, Vol. XI, pp. 163-174.

figure genitoriali, i ragazzi che assistono ad episodi di violenza tra le figure genitoriali, risultano andare poco d'accordo con le medesime ed agire in senso antisociale. Tale dato conferma ciò che è stato evidenziato in altre ricerche, ossia che un clima familiare pieno di tensioni e conflittualità si ripercuote in maniera negativa sul giovane inducendolo a tenere comportamenti devianti. La "Famiglia Unita" costituisce il luogo ideale dove crescere: i giovani che hanno il privilegio di vivere con entrambi i loro genitori e in un clima relazionale privo di conflitti sono meno propensi a commettere gesta antisociali. Tutte le altre strutture familiari possono essere considerate dei fattori di rischio, a fronte dei quali i giovani entrano a fare parte con maggiore probabilità nel gruppo di compagni che pongono in essere condotte antisociali.

2.3 Sviluppo cerebrale dell'adolescente e condotte antisociali

Precedentemente è stato fatto riferimento a fattori di rischio di tipo biologico e neurologico del comportamento dell'adolescente deviante, che necessitano di un breve approfondimento in virtù della loro influenza sulla mente e sui processi decisionali. Ovviamente l'incompleto sviluppo cerebrale del minore, lungi dall'imporsi come una causa deterministica del suo comportamento, va a sommarsi come concausa ai fattori di rischio relativi all'ambiente di crescita e sviluppo. In altre parole, come sovente accade nell'analisi di fenomeni criminogenetici, ancora una volta ci si confronta con la diade *nature or nurture* (natura o educazione), laddove a fronte della *nurture* relativa all'ambiente familiare, la *nature* si esprime con l'influenza dei fattori genetici e biologici sul comportamento deviante adolescenziale.

Nella comune esperienza, ma anche nel vissuto personale di ciascuno, l'adolescenza sovente è un periodo della vita caratterizzato da una maggiore propensione all'assunzione di rischi, che nella popolazione adolescente, a fronte di un generale sviluppo fisico, aumentano il tasso di morbilità e mortalità relativo a fattori incidentali; ed infatti gli adolescenti dimostrano un rischio di morire tre o quattro volte superiore rispetto ai bambini dopo la prima infanzia.⁶¹

È stato evidenziato che la maggiore propensione al rischio dell'adolescente è dovuta non ad una diversa capacità di percepire il rischio o di valutarlo, bensì da fattori psicosociali che influenzano l'inibizione del comportamento rischioso. L'adolescenza, quindi, si presenta come un'età tratteggiata da un lato dalla ricerca di sensazioni ed emozioni nuove, che aumenta a dismisura durante la pubertà, mentre dall'altro è accompagnata dallo sviluppo incompleto delle competenze cognitive relative all'inibizione di comportamenti rischiosi, le quali non giungono a completamento

⁶¹ D.L. Hoyert, et al., *Deaths: final data for 2003* in National Vital Statistics Reports, 2006, Vol. 54, n. 13; una tendenza analoga è rinvenibile nei dati riportati dall'Istituto Nazionale di Statistica relativi alla mortalità della popolazione italiana, divisi per cause ed età con riferimento ad accidenti e cause non patologiche per l'anno 2018.

fino alla prima età adulta.⁶² Consolidate ricerche nell'ambito delle neuroscienze hanno evidenziato che agli adolescenti, rispetto agli adulti, è richiesto uno sforzo cognitivo maggiore, che coinvolge principalmente la corteccia prefrontale del cervello, al fine di inibire un comportamento istintivo.⁶³ Come è stato efficacemente spiegato, “*il cervello adolescente si comporta come un cervello adulto mentre è impegnato a fare qualcosa di molto più difficile. Un adolescente può sembrare molto simile ad un adulto ma, cognitivamente, ancora non è allo stesso livello.*”⁶⁴ La ricerca dei neuroscienziati sul cervello degli adolescenti suggerisce che, anche a prescindere da effetti dovuti a “tempeste ormonali”, dalla pressione sociale dei coetanei o dalla tendenza alla ribellione, i *teenagers* non appaiono essere in grado di prendere decisioni nella stessa maniera in cui le prendono gli adulti.

Già dalla fine degli anni '90 è stato evidenziato che il cervello degli adolescenti attraversa un periodo di profondo cambiamento, anche nella corteccia prefrontale, che è risultata di importanza fondamentale per i processi decisionali e, soprattutto, per l'inibizione del comportamento. Si è scoperto attraverso studi di *neuroimaging* (*Magnetic Resonance Imaging* o MRI) che il cervello adolescenziale va incontro a due macro-fenomeni: da un lato durante l'età dello sviluppo si assiste ad un incremento costante della sostanza bianca, materia cerebrale devoluta alla connessione delle diverse parti della corteccia cerebrale, a causa di un processo denominato mielinizzazione degli assoni. Dall'altro lato, si osserva uno sviluppo “a U rovesciata” della densità della materia grigia, ovverosia si assiste dapprima ad un periodo di sinaptogenesi (proliferazione di nuove sinapsi), fino a giungere ad un picco di densità e ad un appiattimento della curva, seguito da un *pruning* (letteralmente “potatura”) delle sinapsi meno utilizzate, lasciando esclusivamente le sinapsi più forti. Diverse aree della corteccia effettuano il periodo di *pruning* in momenti diversi dello sviluppo, ma i lobi frontali raggiungono il picco di crescita a 12 anni per i maschi e 11 anni per le femmine,⁶⁵ ponendo gli adolescenti nel pieno dei “lavori in corso” della loro struttura cerebrale. Ciò premesso, le neuroscienze spiegano che lo sviluppo cerebrale non giunge a piena maturazione con l'età che segna giuridicamente il passaggio all'età adulta ed alle relative responsabilità e diritti, bensì prosegue – benché con cambiamenti meno repentini – attraverso una continua perdita di materia grigia dovuta al *pruning* anche tra i 20 e i 30 anni, tanto che l'ultima area a raggiungere lo spessore

⁶² L. Steinberg, *Risk Taking in Adolescence: What Changes, and Why?* in *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2004, 1021(1), 51–58. DOI: 10.1196/annals.1308.005

⁶³ B. Luna, *Maturation of widely distributed brain function subserves cognitive development*, in *NeuroImage*, 2001, Vol. 13, n. 5. DOI: 10.1006/nimg.2000.0743.

⁶⁴ Ead., originale in inglese: “The adolescent brain is acting like an adult brain doing something much more difficult. An adolescent can look so much like an adult, but cognitively, they are not really there yet”, citata in K. Powell, *How does the teenage brain work?*, in *Nature*, 2006, 442, pp. 865-867.

⁶⁵ M. Poletti, *Sviluppo cerebrale, processi decisionali e psicopatologia in adolescenza*, in *Giornale Italiano di Psicopatologia*, 2007, 13, pp. 358-366.

definitivo è situata proprio nella corteccia prefrontale (precisamente, trattasi della corteccia prefrontale dorsolaterale o DLPFC).⁶⁶

Orbene, è proprio lo sviluppo incompleto della corteccia prefrontale a costituire un sensibile fattore di rischio della condotta antisociale adolescenziale. Vi è certamente convergenza scientifica circa la funzione⁶⁷ della corteccia prefrontale, la quale sin dagli studi effettuati sulle lesioni cerebrali nella seconda metà del 1800,⁶⁸ appare essere deputata alla regolazione del comportamento e, analizzandone la connettività con le altre aree della corteccia cerebrale, la corteccia prefrontale è considerata il substrato anatomico delle funzioni c.d. esecutive, ovverosia pianificazione, attuazione e conclusione di comportamenti diretti ad uno scopo. Non è per caso che alcuni studiosi hanno evidenziato un ruolo fondamentale della corteccia frontale e prefrontale in sede di valutazione dell'imputabilità per vizio di mente nei confronti di soggetti adulti in presenza di difetti genetici, lesioni o malattie che comportavano una "fragilità" della corteccia prefrontale;⁶⁹ del pari, è evidente la coerenza dell'impianto proposto per l'imputabilità del soggetto adulto affetto da vizio di mente "cerebrale", a fronte della disciplina della (non) imputabilità per minore età, periodo in cui la medesima corteccia risulta ancora in una graduale fase di sviluppo.

2.4 Anonimato

Il cyberspace, luogo apparentemente privo di regole, permette agli utenti di realizzare una comunicazione diretta e priva di filtri, riconoscendo a costoro la possibilità di esprimere sé stessi.

Si tratta dunque di un *locus amoenus* non solo per l'utente medio e razionale, il quale può, tra le altre, usare la rete per ampliare la propria cerchia di socialità, ma anche per coloro che, sfruttando lo spazio virtuale, sfogano ire, violenze e aggressività, realizzando così condotte antisociali a danno di

⁶⁶ Ibidem. L'Autore fa riferimento agli studi di risonanza magnetica effettuati da E.R. Sowell et al., Mapping cortical change across the human life span, in *Nature Neuroscience*, 2003, DOI: 10.1038/nn1008 e R.K. Lenroot, J.N. Giedd, Brain development in children and adolescents: insights from anatomical magnetic resonance imaging, in *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, 2006, DOI: 10.1016/j.neubiorev.2006.06.001

⁶⁷ Anche a fronte di condivisibili critiche dovute al fenomeno della c.d. reverse inference, in base alla quale costituirebbe una fallacia logica giungere a conclusioni circa le funzioni di specifiche aree cerebrali sulla base dei dati di risonanza magnetica, sul quale si veda in primis R.A. Poldrack, Can cognitive processes be inferred from neuroimaging data?, in *Trends in Cognitive Sciences*, 2006, Vol. 10, n. 2, pp. 59-63, DOI:10.1016/j.tics.2005.12.004 e le soluzioni proposte per "recuperare" la diagnosi di schizofrenia tramite la risonanza magnetica in Zhuo et al., Strategies to solve the reverse inference fallacy in future MRI studies of schizophrenia: a review, in *Brain Imaging and Behavior*, 2021, 15, pp. 1115-1133, DOI: 10.1007/s11682-020-00284-9

⁶⁸ Celeberrimo è il caso di Phineas Gage, divenuto - suo malgrado - uno dei pazienti neurologici più famosi della storia a seguito di un terribile incidente sul lavoro che gli ha provocato la distruzione di una rilevante parte della corteccia prefrontale. Sul suo caso, si veda lo studio del suo cranio effettuato con moderne tecniche in H. Damasio et al., The return of Phineas Gage: clues about the brain from the skull of a famous patient, in *Science*, 1994, DOI:10.1126/science.817816

⁶⁹ Vedi, per esempio, R. M. Sapolsky, *The Frontal Cortex and the Criminal Justice System*, in *The Royal Society Philosophical Transactions B*, 2004, pp. 1787-1796, e il contributo italiano sul tema di I. Zampieri, S. Pellegrini, P. Pietrini, *Neurobiological Correlates of Antisocial Human Behavior*, in A. D'Aloia, M. Errigo (a cura di), *Neuroscience and Law*, 2020, Springer, Berlino.

terzi. Caratteristica fondamentale della rete, che aumenta esponenzialmente il pericolo di comportamenti antisociali, si è dimostrato essere l'anonimato. Tale presunta "invisibilità" dell'utente concorre con la distanza fisica e con l'immediatezza dell'esperienza online a favorire una maggiore disinibizione, in quanto l'utente è ragionevolmente certo di non poter essere individuato.⁷⁰

Diversi studi⁷¹ hanno infatti evidenziato che l'anonimato rappresenta un principale fattore dell'*online disinhibition effect* (effetto da disinibizione online), espressione con cui si indica appunto la mancanza di inibizione nella rete, la quale ha come conseguenza la realizzazione di condotte che nella vita *offline* sarebbero difficilmente poste in essere, proprio perché il soggetto sarebbe facilmente riconoscibile. Inoltre, la sensazione di agire in una realtà immateriale, priva cioè dell'essenza fisica e tangibile del mondo offline, dà all'utente l'impressione che le azioni compiute non siano rilevanti o che non abbiano lo stesso peso morale che una stessa identica azione avrebbe se compiuta nel mondo reale.

Possiamo distinguere nella prassi la condotta del conoscente che mantiene condotte abusive attraverso la rete in maniera palese, da un proprio profilo nominativo, da quelle invece operate da un utente "anonimizzato". In questo secondo caso, la vittima di cyberbullismo difficilmente potrebbe riuscire a individuare l'identità dell'autore delle condotte previste dalla legge 71/2019: questi infatti può agire indisturbato da dietro un *monitor* o uno *smartphone*, rimanendo protetto da un *nickname* o un profilo falso,⁷² ancor più difficile si rende la conoscibilità di costui se agisce utilizzando servizi di messaggistica istantanea⁷³ o all'interno di forum online.

È necessario, però, sottolineare che l'anonimato in rete è solitamente solo apparente.⁷⁴ Qualunque sia l'azione compiuta, questa potrà comunque esser fatta risalire al soggetto agente attraverso

⁷⁰ M. Lamanuzzi, *Il "lato oscuro della rete": odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la net neutrality*, in *Legislazione penale*, n.2, 2021, pag. 259

⁷¹ N. Lapidot-Lefler, A. Barak, *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, in *Computers in Human Behavior*, 2012, vol 28, n. 2

⁷² Secondo un recente orientamento della Corte di Cassazione, la creazione di un profilo falso su un social network integra il delitto previsto dall'art. 494 c.p., rubricato "sostituzione di persona", se sono contestualmente utilizzate immagini di un soggetto terzo inconsapevole, in quanto l'identità digitale non corrisponde all'identità del soggetto che utilizza il profilo. Cfr. Cass. Sez. V n. 22049 del 06/07/2020, conforme Cass. Sez. V n. 25774 del 23/04/2014. I giudici di legittimità avevano ritenuto integrata la fattispecie dell'art 494 c.p. anche nell'ipotesi in cui il soggetto avesse creato un profilo social utilizzando una falsa identità ma riportando un'immagine della persona offesa con contestuale descrizione offensiva della stessa, come vedremo *infra*, Cap. 4.

⁷³ Si pensi a titolo di esempio al servizio offerto dalla piattaforma Telegram, appartenente alla società Telegram LLC: le conversazioni tra gli utenti non saranno salvate sul dispositivo utilizzato, bensì su un *cloud* ma, al momento della registrazione, è offerta agli utenti la possibilità di scegliere se essere individuati tramite numero telefonico o solo tramite *nickname*.

⁷⁴ R. Brighi, F. Di Tano, *Identità, anonimato e condotte antisociali in Rete. Riflessioni informatico-giuridiche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, 2019, pag. 190.

l'analisi delle cosiddette tracce digitali quali ad esempio “l'indirizzo IP del computer, i collegamenti a reti wi-fi, le autenticazioni a servizi telematici, i log dei server.”⁷⁵

Anche se all'interno dello spazio virtuale i dati possono essere tracciati, è possibile che un utente particolarmente esperto possa decidere di servirsi di strumenti e tecnologie *ad hoc* per mantenere l'oblio circa la propria identità; i mezzi offerti dalla rete sono molteplici e permettono di ottenere diversi livelli di anonimato. Il primo livello è l'anonimato “percepito”. In tale ipotesi l'utente agisce con il proprio nome ma si percepisce come non identificabile rispetto al proprio contesto di appartenenza, in quanto non è possibile per i suoi interlocutori risalire alle sue informazioni personali quali ad esempio età, genere, etnia, posizione geografica,⁷⁶ a meno che non sia lo stesso utente a decidere di divulgarle.

Il secondo livello è conosciuto come *approved anonymity*⁷⁷: in questo caso i dati dell'utente sono memorizzati e custoditi dal fornitore del servizio utilizzato, ma potrebbero essere resi noti qualora il soggetto violi le condizioni di utilizzo o in caso di indagini penali nei suoi confronti. Il primo e il secondo livello di anonimato sono relativamente simili, le differenze dipendono principalmente dal tipo di *social* utilizzato. Ad esempio, sulla piattaforma *Facebook*, l'utente deve necessariamente registrarsi inserendo i propri dati e in un secondo momento potrà decidere se renderli visibili sulla propria “bacheca” oppure impostare un livello di *privacy* tale per cui nessuno potrebbe conoscere tali informazioni. Invece per utilizzare *Twitter* è possibile registrarsi inserendo unicamente un nome per il proprio profilo e fornendo la propria e-mail o numero telefonico. Nella sezione “Centro Assistenza” della piattaforma è infatti riportato quanto segue “*Come indicato nella nostra Informativa sulla Privacy, Twitter non rilascia informazioni sugli account al di fuori di un valido procedimento legale. [...] Se veniamo contattati direttamente dalle forze dell'ordine, possiamo collaborare con loro e fornire il nostro contributo alle indagini.*”⁷⁸

L'ultimo livello è conosciuto invece con il nome di *full anonymity* ossia anonimato assoluto, il quale è reso possibile solo utilizzando procedure o strumenti in grado di nascondere in toto l'identità dell'agente. Strumento sovente utilizzato per tale scopo è la VPN⁷⁹ o *Virtual Private*

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ M. Lamanuzzi, op. cit.

⁷⁷ G. Horsman, *The challenges surrounding the regulation of anonymous communication provision in the United Kingdom*, in *Computers and Security*, n. 56, 2016, disponibile al sito www.sciencedirect.com

⁷⁸ *Come segnalare un comportamento abusivo su Twitter*, sito web, visitato in data 08.02.2022 <https://help.twitter.com/it/safety-and-security/report-abusive-behavior>

⁷⁹ Ulteriori approfondimenti sono facili al sito web di *VPN Overview*, <https://vpnoverview.com/it/informazioni-vpn/spiegazione-sulle-vpn> visitato in data 08.02.2022

Network. Questa permette all'utente di mascherare il proprio indirizzo IP⁸⁰ il quale si conetterà al server della VPN e si tramuterà in IP del server VPN; questo impedirà a soggetti terzi di risalire all'identità o alla posizione geografica dell'utente. Inoltre, molti *provider* VPN non divulgano e non monitorano le azioni degli utenti, permettendo dunque di agire in totale libertà. Alcuni autori⁸¹ individuano un ulteriore tipo di anonimato, ossia il *disapproved anonymity*, caso in cui l'utente utilizzi dati falsi per iscriversi alla piattaforma utilizzata. “*Lo status di anonimato permette alle persone di esprimersi in maniera più onesta, amplificandone vizi e virtù, con possibili risvolti negativi e positivi.*”⁸²

È chiaro allora che alla percezione di non essere identificato si collega un maggiore effetto disinibitorio quanto una maggiore deresponsabilizzazione del soggetto. La prima sfida è proprio quella di agire al di fuori delle norme sociali e ciò diviene ancor più semplice se è possibile nascondersi in mezzo ad un ampio gruppo di altri utenti. Questo comportamento è conosciuto in psicologia con il nome di deindividuazione ossia l'influenza che subisce un individuo nel momento in cui questi entra a far parte di un gruppo, abbandonandosi a forme comportamentali che non avrebbe mai realizzato se avesse agito da solo. Il soggetto perde la propria identità, la quale tende a confondersi con quella del gruppo e ciò avrà quale prima conseguenza quella di agire in modo aggressivo, abbandonando la propria etica personale.⁸³ Secondo le ricerche effettuate sul tema, è proprio l'anonimato uno dei principali fattori che influenza la deindividuazione: “*l'anonimato contribuisce alla perdita di autoconsapevolezza di un individuo e alla perdita di preoccupazione per l'autovalutazione all'interno di un contesto di gruppo, consentendo all'individuo di partecipare a comportamenti anti-normativi o aggressivi.*”⁸⁴

Da quanto evidenziato poc'anzi, se è vero che l'anonimato agevola la commissione di reati in Rete, comunque non può considerarsi la fonte di ogni male. È infatti opportuno osservare un ulteriore ruolo svolto da tale strumento. Usando un'espressione di Stefano Rodotà, l'anonimato si presenta come “*una preconditione della libertà di manifestazione del pensiero.*”⁸⁵ L'anonimato infatti consentirebbe a tutti gli utenti, in particolar modo alle persone più vulnerabili o appartenenti a minoranze, di esprimere le proprie idee e opinioni senza temere alcun tipo di ripercussione,

⁸⁰ L'indirizzo IP o *Internet Protocol Address* è un'etichetta numerica che identifica un unico dispositivo collegato ad una rete informatica. In base ad esso è dunque possibile risalire all'identità dell'utente e le azioni realizzate possono essere monitorate dai siti *web* visitati, dall'*internet service provider* o da enti governativi.

⁸¹ M. Lamanuzzi, op. cit.

⁸² R. Brighi, F. Di Tano, op. cit.

⁸³ J. Chang, *The Role of Anonymity in Deindividuated Behavior: A Comparison of Deindividuation Theory and the Social Identity Model of Deindividuation Effects (SIDE)*, in *The Pulse*, Vol. 6, n. 1, 2008, pag. 2

⁸⁴ J. Chang, op. cit., pag. 6

⁸⁵ G. E. Vigevari, *Anonimato, responsabilità e trasparenza nel quadro costituzionale italiano*, in “Osservatorio Associazione Italiana Costituzionalisti”, n. 1, 2014

aggressione o discriminazione, ma anche di “rivendicare pretese e organizzare forme di mobilitazione a un grado di intensità altrimenti impossibile [...] tale strumento avrebbe un effetto ampiamente positivo sul piano della partecipazione alla vita politica e della redistribuzione del potere sociale.”⁸⁶

Ma l'utilizzo dell'anonimato non è di certo emerso con il *Web*, esso vanta una lunga tradizione. Per sfuggire alla censura o al pericolo di essere additati ad esempio come oppositori politici, già dopo l'invenzione della stampa sovente si faceva uso di pseudonimi, proprio per poter esprimere le proprie opinioni senza temere conseguenze. L'anonimato non è dunque una novità: oggi permette a chiunque di partecipare alla vita digitale rendendo effettivo e di uguale godimento la libertà prevista dall'articolo 21 della Costituzione.⁸⁷ È opportuno aggiungere che l'anonimato non è penetrato nel nostro tessuto normativo come prolungamento della libertà di espressione, bensì per il tramite del diritto alla privacy ovvero del diritto alla protezione dei dati personali.⁸⁸ Nella società dell'informazione, in cui i dati sono raccolti e catalogati ad ogni *click*, il diritto alla riservatezza diviene dunque fondamentale per l'utente che voglia impedire qualunque tipo di ingerenze da parte di soggetti esterni. Se fino al 2015 la tutela si presentava come poco effettiva, ad oggi la protezione dell'anonimato in rete è riconosciuta dalla Dichiarazione dei diritti in Internet.⁸⁹ Il documento, presentato nel luglio 2015, garantisce l'esercizio della cittadinanza digitale nel rispetto di tutte le libertà e di tutti i diritti in internet. In particolare, l'articolo 10 prevede esplicitamente che l'utente possa utilizzare strumenti e tecniche *ad hoc* al fine di celare la propria identità per evitare la raccolta dei propri dati ma soprattutto per esercitare le “libertà civili e politiche senza subire discriminazioni o censure”. La completezza e lungimiranza dell'articolo si rinviene al punto 3 in cui si ammette la possibilità di identificazione dell'utente qualora questi abbia violato le norme poste a tutela della dignità e dei diritti fondamentali di altri soggetti.

3. GLI STRUMENTI DI TUTELA CONTRO IL CYBERBULLISMO: DIRITTO PENALE E TUTELE EXTRA-PENALI

Come già accennato, è stata per prima la legge 71/2017 a fornire una definizione, in ambito giuridico, di che cosa sia il cyberbullismo nell'ordinamento italiano; nella descrizione del fenomeno, la legge del 2017 usa espressioni del tipo “*forma di pressione, aggressione, molestia,*

⁸⁶ G. Resta, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in “Diritto dell'Informazione e dell'Informatica”, n. 2, 2014, pag 171 e ss

⁸⁷ Cfr. M. Minetti, *Libertà di pensiero e anonimato in rete*, in “Diritto dell'informazione e dell'informatica”, n. 2, 2014, pag. 139 e ss

⁸⁸ G. Resta, *op. cit.*

⁸⁹ La consultazione del testo è disponibile alla pagina web della Camera https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/dichiarazione_dei_diritti_internet_publicata.pdf

ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni”, con le criticità già evidenziate nel primo capitolo.

Guardando la legge con l'occhio del penalista, non possiamo non notare che il cyberbullismo, sebbene si tratti di un comportamento che desta un certo allarme sociale e non raramente associato ad episodi di cronaca, non è qualificato come una condotta tipica, di conseguenza non costituisce un autonomo reato. Questo sebbene nelle more dell'approvazione della legge sul cyberbullismo la Camera avesse proposto degli emendamenti volti ad introdurre le tipiche condotte del cyberbullismo come circostanza aggravante del reato di atti persecutori; tali modifiche sono state in seguito espunte dal Senato, laddove si evidenziava che l'intento della norma non doveva essere quello proprio della repressione con lo strumento penale, bensì quello esplicitato nell'art. 1 della stessa legge, ossia contrastare il cyberbullismo esclusivamente con azioni preventive e con una strategia basata su attenzione, tutela ed educazione nei confronti dei minori.⁹⁰ D'altra parte, è di tutta evidenza che le condotte con cui viene descritto dalla legge possono già andare ad integrare varie fattispecie di reato, tra cui ingiuria (art. 594 c.p.), diffamazione (art. 595 c.p.), minaccia (612 c.p.), trattamento illecito di dati personali (art. 167, d.lgs. n. 196/2003), sostituzione di persona (art. 494 c.p.), atti persecutori (art. 612-bis c.p.) e molti altri reati. Ed infatti l'articolato normativo della legge n. 71/2017, nella sua definizione di cyberbullismo, elabora un catalogo di comportamenti che non sempre sono espressi con il “corretto” *nomen iuris*, ma indicano di fatto dei comportamenti delittuosi: in via esemplificativa, laddove la legge fa riferimento al “ricatto”, potrebbe intendere condotte qualificanti il reato di estorsione o violenza privata; invece, appare difficile distinguere il comportamento di “denigrazione” rispetto a quelli di diffamazione o ingiuria, peraltro espressamente elencati dall'art. 1 della legge del 2017 accanto alla denigrazione.

In questo quadro, procediamo ad un'analisi delle fattispecie più diffuse e di interesse che possono verificarsi nella prassi.

3.1 Ingiuria, diffamazione e minaccia

Con riferimento alla “denigrazione” ad opera del cyberbullo, e quindi ai reati di diffamazione e ingiuria eseguiti tramite i mezzi informatici, la legge n. 547 del 1993, prevedendo ed introducendo una serie di ipotesi illecite anticipando i cosiddetti “reati informatici”, nulla aveva previsto con riferimento alle modalità telematiche di commissione dei reati di ingiuria e diffamazione. Infatti, l'estensione delle condotte telematiche offensive dell'onore e della reputazione si deve alla

⁹⁰ C. Panicali, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2017, fasc. 6, p. 2801.

giurisprudenza dei primi anni duemila: ed infatti le fattispecie criminose previste agli art. 594 e 595 c.p. comprendono tutti quei comportamenti lesivi dell'onore e del decoro di una persona, e sono realizzabili anche attraverso le nuove forme di comunicazione nate grazie alle tecnologie informatiche. Come spiega puntualmente la Corte di Cassazione *«Il legislatore, pur mostrando di aver preso in considerazione l'esistenza di nuovi strumenti di comunicazione, telematici ed informatici (si veda, ad esempio, l'articolo 623-bis c.p. in tema di reati contro la inviolabilità dei segreti) non ha ritenuto di dover mutuare o integrare la lettera della legge con riferimento a reati (e, tra questi certamente quelli contro l'onore) la cui condotta consiste nella — o presuppone la — comunicazione dell'agente con terze persone. E tuttavia, che i reati previsti dagli artt. 594 e 595 c.p. possano essere commessi anche per via telematica o informatica, è addirittura intuitivo; basterebbe pensare alla c.d. trasmissione via e-mail, per rendersi conto che è certamente possibile che un agente, inviando a più persone messaggi atti ad offendere un soggetto, realizzi la condotta tipica del delitto di ingiuria (se il destinatario è lo stesso soggetto offeso) o di diffamazione (se i destinatari sono persone diverse). Se invece della comunicazione diretta, l'agente “immette” il messaggio “in rete”, l'azione è, ovviamente, altrettanto idonea a ledere il bene giuridico dell'onore.»*⁹¹

Per quanto riguarda il comportamento del cyberbullo, quindi, questo facilmente rientrerebbe nella fattispecie di reato prevista dall'art. 594 c.p. (ingiuria) ogni qual volta si utilizzino strumenti telematici per offendere l'onore o il decoro della vittima ma, com'è noto, essendo oramai intervenuta la depenalizzazione con il d.lgs. n. 7 del 2016, la condotta è sanzionata con una sanzione pecuniaria civile.

D'altra parte, è possibile che l'azione denigratoria del cyberbullo integri la fattispecie del reato di diffamazione, la quale richiede la compresenza di tre elementi oggettivi: l'offesa all'altrui reputazione, l'assenza della persona offesa e la percezione dell'offesa da parte di più persone.

Per quanto riguarda il requisito oggettivo dell'aver posto in essere un'offesa alla reputazione altrui, la dominante giurisprudenza non intende la parola “offesa” nel significato di “lesione”, bensì come probabilità o possibilità che l'utilizzo di parole o atti destinati a ledere l'onore provochi una effettiva lesione della reputazione. Difatti la diffamazione viene inquadrata come reato di pericolo.

⁹¹ Cass. Sez. V., sent. n. 4741 del 17 novembre 2000. Sul tema si veda il contributo di S. Amore, V. Stanca, S. Staro, *I crimini informatici. Dottrina, giurisprudenza ed aspetti tecnici delle investigazioni*, 2006, Halley editrice, Matelica (MS).

Per quanto riguarda l'elemento dell'assenza della persona offesa, questa non andrebbe intesa in senso di assenza fisico-spaziale del soggetto passivo, ma come mera impossibilità fisica di percezione dell'addebito diffamatorio, anche in una situazione compresenza fisica del diffamato.⁹²

Per quanto riguarda l'ultimo elemento della condotta, ovvero la comunicazione con più persone, occorre che l'agente renda partecipi dell'addebito diffamatorio almeno due persone, le quali siano in grado di percepire l'offesa e di comprenderne il significato.

Tuttavia, è il comma 3 dell'art. 595 c.p., contenente una circostanza aggravante, ad essere particolarmente importante in quanto utilizza un'espressione tale da includere anche il mezzo web ("ogni altro mezzo di pubblicità"); è pacifico, infatti, che l'utilizzo delle piattaforme online costituisca un "mezzo di pubblicità", dal momento che si tratta di uno strumento capace di ampissima diffusione.

Di conseguenza, la diffamazione diventa aggravata ai sensi del comma 3 ogni volta che le espressioni utilizzate non solo si rivelino potenzialmente idonee ad offendere l'altrui reputazione, ma altresì quando le offese vengano diffuse mediante mezzi di comunicazione telematici che consentano l'accesso ad un numero indefinito di persone.

Orbene, proprio il caso della diffamazione attraverso il web, che secondo i dati elaborati dalla Polizia Postale costituisce una delle ipotesi più frequenti di cyberbullismo,⁹³ è stato il teatro di un certo tentennamento giurisprudenziale nell'applicazione dell'aggravante prevista dal citato comma 3 dell'art. 595 c.p. nel caso della diffamazione tramite i social network. Sino al 2014, infatti, la giurisprudenza si era dimostrata restia nell'applicare l'aggravante del "mezzo di pubblicità" anche ai social in virtù del fatto che i social consentirebbero non di comunicare con un pubblico indeterminato, bensì di effettuare una discussione privata con destinatari selezionati. Per accedere alle pagine di un profilo Facebook, ad esempio, è necessario il consenso del titolare dell'account, che può selezionare una ristretta cerchia di utenti con cui desidera comunicare.

La Cassazione, a partire dal 2014, ha indirizzato le corti di merito verso una definizione di "mezzo di pubblicità" tale da ricomprendere anche i social network; in primo luogo, si sancisce che la diffamazione tramite pubblicazione su Facebook "rende la stessa accessibile ad una moltitudine indeterminata di soggetti con la sola registrazione al social network ed, anche per le notizie riservate

⁹² Per risalente giurisprudenza, a partire da Cass. Sez. II, 6 gennaio 1957; in dottrina si veda fra tutti G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto Penale. Parte speciale. Volume II, tomo primo. I diritti contro la persona*, 2020, Zanichelli, Bologna.

⁹³ Nel 2019 l'ipotesi della diffamazione costituiva circa un quarto dei casi denunciati. La Polizia Postale infatti ha riportato 114 casi di denunce per diffamazione online a fronte di 460 denunce totali di reati riferibili al cyberbullismo. Si consideri inoltre che la stessa Polizia Postale ha evidenziato un netto aumento dei reati informatici nel biennio 2020-2021, inclusi casi di cyberbullismo, a causa delle restrizioni ai movimenti poste per contenere la pandemia da Coronavirus, che hanno aumentato esponenzialmente tutte le attività online, sia lecite che illecite.

agli “amici”, ad una cerchia ampia di soggetti”⁹⁴, pertanto postare un messaggio sul proprio profilo integra il dolo prescritto dall’art. 595 c.p. (ovverosia, la volontà di portare la frase alla conoscenza di più persone); in ragione di ciò, non si può negare l’applicazione della aggravante ex art. 595, comma 3, c.p.

La minaccia, anch’essa inserita nell’elenco proposto dalla l. 71/2017, è un delitto contro la libertà individuale che consiste nella prospettazione di un futuro danno ingiusto, rivolto alla persona o al suo patrimonio, che sia di entità tale da limitare la libertà psichica. Anch’esso, facilmente, si presta ad essere integrato dalle condotte che solitamente vengono ricondotte al cyberbullismo.

Per risalente e granitica giurisprudenza, non è una condizione necessaria la presenza della persona minacciata, bensì è sufficiente che la persona offesa ne risulti informata, anche indirettamente, da soggetti terzi, a patto che sia rilevabile la volontà dell’agente di produrre il risultato di intimorire la persona offesa.⁹⁵ Il reato non viene a verificarsi esclusivamente mediante la forma verbale, bensì può essere commessa anche tramite strumenti diversi, inclusi scritti, gesti o - per quel che qui ci preme - attraverso messaggi inviati tramite e-mail, *social network* e *instant messaging*⁹⁶.

3.2 *Trattamento illecito di dati personali e ultimi sviluppi in materia di pedopornografia*

Altro delitto espressamente citato dalla legge del 2017 è il “trattamento illecito di dati personali”, previsto espressamente quale reato dal codice della privacy (art. 167, d.lgs. n. 196/2003). Tale normativa può essere efficacemente utilizzata per la protezione dei dati dagli atti di cyberbullismo, come è stato evidenziato dal Garante europeo della protezione dei dati personali.⁹⁷

Il fulcro centrale della disciplina di protezione dei dati personali è la necessità del consenso per il trattamento dei dati stessi, che deve essere dato dal titolare dei dati in forma libera e informata; nel momento in cui i dati sono c.d. sensibili, semi-sensibili, comuni o giudiziari (i c.d. dati personali propriamente detti) sono oggetto di trattamento non consensuale, col fine di trarne profitto o arrecare un danno, si integra la fattispecie delittuosa prevista dal cod. privacy, se dal fatto deriva un danno per la persona offesa o consiste nella comunicazione o diffusione dei dati stessi. Per “trattamento”, il cod. privacy intende qualsiasi operazione volta alla raccolta, consultazione, elaborazione, conservazione, organizzazione, modificazione, raffronto, utilizzo, comunicazione, diffusione, cessione, cancellazione e distribuzione dei dati.

Nel caso del cyberbullismo, la violazione della privacy a danno dei minori è volta, nella maggior parte delle volte, alla violazione del diritto all’immagine - ovverosia, nella pubblicazione

⁹⁴ Cass. Sez. I, n. 12761/2014.

⁹⁵ *Ex multis*, Cass. Sez. V, n. 35235/2012 del 13 settembre 2012.

⁹⁶ Cass. Sez. V, n.16145/2016.

⁹⁷ All’esito della conferenza “*Violenza via internet e scuola, buone prassi per la tutela degli insegnanti*”, 2010.

dell'immagine altrui attraverso strumenti telematici con lo scopo di offendere o mettere in ridicolo la persona offesa. L'immagine di una persona, infatti, è considerata un "dato personale" ai sensi dell'art. 4 del cod. privacy; pertanto, il trattamento illecito dell'immagine rientra nell'alveo dell'art. 167 cod. privacy.

Determinati tipi di dato-immagine, però, in virtù della loro interconnessione con lo sviluppo sessuale dell'individuo, nonché con la sua libertà sessuale, ricevono autonoma tutela da diverse fattispecie di reato contemplate dal codice penale. Il riferimento è, ovviamente, alle immagini sessualmente esplicite che ritraggono il minore-persona offesa, oggetto della tutela dei reati previsti dagli artt. 600 ter c.p., rubricato "pornografia minorile". Di recente, inoltre, la giurisprudenza ha avuto modo di specificare i confini della libertà di utilizzo della propria immagine sessuale anche nei confronti delle persone minorenni e diverse fattispecie che non costituiscono reato (c.d. *sexting*).

La fattispecie di cui all'art. 600 ter c.p. è stato introdotto dalla l. 269/1998, finalizzata a dare applicazione all'interno dell'ordinamento penale italiano dei principi sanciti dalla Convenzione sui diritti del fanciullo di New York (1989), la quale impegnava gli stati firmatari a proteggere i minori da ogni forma di "violenza e sfruttamento sessuale" e, quindi, dallo sfruttamento ai fini di prostituzione o di produzione di spettacoli o materiale pornografico. La disposizione in commento è stata oggetto di diversi interventi modificativi dalla sua emanazione, tra cui l'aggiunta del settimo comma ad opera della l. 172/2012, che ha stabilito una definizione di pornografia minorile: "*ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali*". Il reato è strutturato su una pluralità di condotte possibili, tra loro autonome e diversamente strutturate, ordinate secondo un criterio gerarchico di gravità decrescente, assicurando al minore una più ampia tutela, sanzionando non solo chi ha con lo stesso un rapporto finalizzato alla produzione di materiale erotico, ma anche colui che, pur non abusando direttamente della persona del minore, con la sua domanda alimenta l'offerta e la mercificazione del minore stesso.

Le condotte previste dall'art. 600 ter c.p. sono le seguenti: realizzazione del materiale pornografico mediante utilizzo del minore, nonché reclutamento e induzione del minore stesso (comma 1); fare commercio del materiale di cui al comma 1 (comma 2); distribuire, divulgare, diffondere, pubblicizzare il materiale stesso, oppure distribuire, divulgare o diffondere notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale del minore (comma 3); offerta o cessione a terzi, a titolo oneroso o gratuito, del materiale pornografico (comma 4). A fronte di un risalente orientamento che richiedeva, nelle fattispecie in esame, l'esistenza di un mero pericolo di diffusione

del materiale, interpretando quindi le norme *de quo* come reati di pericolo concreto,⁹⁸ i reati contenuti nell'art. 600 ter c.p. sono oggi intesi come reati di danno, in virtù della pervasività delle moderne tecnologie, dovuta alla diffusione di smartphone, tablet e computer dotati di fotocamera e connessione internet, rendendo di fatto normale ed ubiqua la possibilità di accesso, per il soggetto agente, a programmi di condivisione e *social network*.⁹⁹

Tutti i reati in questione hanno natura comune e possono essere commessi anche da minori in danno di altri minori. Ed è proprio in questi casi che va ad innestarsi il meccanismo del cyberbullismo, laddove un soggetto riesca ad impossessarsi di immagini sessualmente esplicite di un minore tramite accesso abusivo o inganno della vittima.

Un problema comune a questo tipo di dinamiche è quello dell'autoproduzione di materiale pornografico da parte della stessa persona offesa; la giurisprudenza infatti esclude dal novero delle condotte del comma 1 il caso di pornografia autoprodotta dalla stessa persona offesa, in quanto esclusa dal concetto di "produzione" penalmente rilevante, postulando le condotte più gravi di pedopornografia richiedano indubbiamente la diversità dell'autore della condotta dal soggetto ripreso.¹⁰⁰

Secondo l'interpretazione della Cassazione, dalla sfera applicativa dell'art. 600 ter, comma 1, c.p. fuoriesce soltanto la produzione di materiale pornografico realizzato senza la utilizzazione del minore, con il consenso espresso da colui che abbia raggiunto l'età per manifestarlo; con riguardo al termine "utilizzazione", questa va intesa nel senso di manovrare, adoperare, strumentalizzare o sfruttare il minore servendosi dello stesso e facendone uso nel proprio interesse. Con riguardo al secondo aspetto del consenso, è richiesta una verifica rigorosa e attenta del contesto in cui è stato espresso il consenso del minore per escludere che sia stato inficiato da condizionamenti.¹⁰¹

La disposizione principale per definire i limiti del consenso del minore in relazione alla sua sfera sessuale è rappresentata dall'art. 609 quater c.p., che disciplina il consenso del minore; la norma ritiene inesistente, in quanto sicuramente viziato da situazione di costrizione, il consenso prestato dal minore degli anni quattordici; l'art. 609 quater c.p. indica anche, al comma 1, n. 2), delle situazioni che escludono anch'esse qualunque validità del consenso prestato del minore infrasedicenne, in virtù del rapporto esistente con l'autore del reato (nel caso in cui il colpevole sia *“l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o*

⁹⁸ Cass. Sez. Un., n. 13/2000, "Bove".

⁹⁹ Cass. Sez. Un., n. 51815/2018.

¹⁰⁰ In giurisprudenza, si veda l'esegesi in tal senso dalla terza sezione: Cass. Sez. III, n. 11675/2016; Cass. Sez. III, n. 34357/2017.

¹⁰¹ Cass. Sez. Un., n. 4616/2022.

che abbia, con quest'ultimo, una relazione di convivenza"). È proprio l'art. 609 quater c.p., unitamente alle indicazioni date dagli artt. 600 bis e 602 ter c.p., ad indicare in quali situazioni il consenso del minore può ritenersi certamente coartata e, quindi, si versi in ipotesi di "utilizzo" del minore stesso ai fini dell'art. 600 ter c.p.¹⁰²

Chiarito ciò, la più comune manifestazione di cyberbullismo che attiene alla sfera sessuale del minore non può che essere attinente alla circolazione del materiale raffigurante il minore stesso. In questo caso l'ermeneutica della Cassazione non lascia spazio a dubbi: presupposto necessario della c.d. pornografia domestica (*sic*) sia l'uso esclusivamente privato del materiale a contenuto sessuale. Quindi la messa in circolazione del materiale raffigurante il minore, anche in caso di consenso di quest'ultimo, integra una strumentalizzazione di quest'ultimo, anche laddove non risulti "utilizzato" nella fase iniziale. Le Sezioni Unite infatti hanno specificato che in questo caso, qualora la messa in circolazione del materiale sia voluta fin dall'inizio da chi lo ha prodotto (con il consenso del minore), ricorrerebbe senz'altro nella fattispecie di cui all'art. 600 ter c.p. comma 1, ovvero sia la più grave; in caso di diffusione o cessione del materiale frutto di una determinazione successiva alla (auto-)produzione, potranno senza dubbio applicarsi le fattispecie dei commi successivi dell'art. 600 teri c.p. Ma in ogni caso nessun rilievo ha la volontà del minore, che non può mai validamente acconsentire alla messa in circolazione di materiale a contenuto sessuale che lo riguardi; in tal senso le Sezioni Unite specificano che l'art. 600 ter è posto non tanto alla tutela del bene giuridico dell'interesse individuale del minore materialmente coinvolto, bensì l'interesse collettivo di tutti i minori, la cui dignità e libertà sessuale potrebbe essere danneggiata o messa in pericolo per effetto della desensibilizzazione prodotta dalla visione delle immagini poste in circolazione¹⁰³.

3.3 I fenomeni cyber-to-real: Blue Whale e altri giochi della morte

Come accennato, le forme di manifestazione del cyber-illecito in analisi possono essere le più disparate a seconda dell'intento, delle circostanze in senso stretto, ma anche dei soggetti che, sia da lato attivo che passivo, vedono le proprie persone direttamente coinvolte nella vicenda. In particolar modo, già a partire dalle note avanguardie indiane, in materia di cyber-criminologia, studi condotti dal Dipartimento di Psicologia Sociale dell'Università di Madras che, a partire dal 2009, si sono tradotti in pubblicazioni scientifiche di ampio rilievo, hanno meglio avuto modo di specificare quanto le ragioni di differenti forme di manifestazione del cyberbullismo siano dovute non soltanto

¹⁰² *Ibidem.*

¹⁰³ S. Bernardi, *Le Sezioni Unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della "pedopornografia domestica" ai sensi dell'art. 600-ter c.p.*, in *Sistema Penale*, 2022.

a coefficienti di disparità anagrafica più o meno elevati, ma persino dalla scelta del mezzo rispetto al fine perseguito dal soggetto agente.¹⁰⁴

A partire da questi studi, dunque, ecco che assume profonda incisività il distinguo delle cyber-condotte rispetto a condotte meglio inquadrabili con il termine *cyber-to-real* (dal cyber alla realtà), forse le più problematiche visto l'interessamento di beni giuridici non soltanto riferibile al cyber-spazio, ma che arriverebbe a comportare conseguenze lesive e compromissioni di beni, troppo spesso fondamentali, quali l'integrità fisica, psichica, finanche la vita medesima di chi le subisce. Nell'ultimo decennio in punta di condotte *cyber-to-real* di cyberbullismo, molti sono stati i fenomeni che, espandendosi nella rete a livello globale hanno portato singoli ordinamenti giuridici a dotarsi di regolamentazioni utili a prevenire, fronteggiare e da ultimo sanzionare. Esempio peculiare che ha permesso l'attuazione di linee di *governance* politico-criminale sul tema è quello dei c.d. "Choke Games", altrimenti noti come "Giochi della Morte", dei quali lo stesso fenomeno della c.d. "Blue Whale Challenge" sembra averne condiviso pienamente i tratti caratteristici. Con il termine "Blue Whale Challenge" si fa riferimento a quel fenomeno dissacrante dell'esistenza umana che, a partire dall'anno 2016, partito dalla Russia, ha trovato l'interazione tramite blog e chat di social network fra amministratori, rimasti perlopiù ignoti, e centinaia di giovani adolescenti in giro per il mondo, cui venivano sottoposte regole e sfide dalle implicazioni autolesioniste fino a condurre i destinatari anche al suicidio.

In risposta ad una situazione internazionale drammatica ed anomala, difficoltosa è stata la reazione che i sistemi giuridici e giudiziari dei paesi interessati dal fenomeno aberrante sono riusciti a fornire anche in termini sanzionatori, in guisa a strategie normative più disparate in via generale sul cyberbullying. Partendo dall'attività giurisprudenziale e dalla norma penale italiana, una significativa risposta, seppur non totalmente soddisfacente, è stata possibile solo a partire da un'importante pronuncia della Suprema Corte di Cassazione del 2017 in merito alla configurabilità del reato di istigazione al suicidio in relazione alla stessa pratica della nota c.d. 'Blue Whale Challenge'.¹⁰⁵ Nel caso di specie, un soggetto, imputato per i reati di istigazione al suicidio e adescamento di minori, veniva accusato di aver inoltrato messaggi per indurre al suicidio una minorenni, la quale, però, si era limitata ad infliggersi lievi lesioni. Pertanto, il fatto che la giovane non avesse tentato il suicidio non consentiva di integrare l'elemento oggettivo richiesto ex art. 580 c.p., essendo, a tal fine, necessario che il tentativo di istigazione al suicidio si concretizzasse "nella

¹⁰⁴ K. Jaishankar, *Cyber Bullying: Profile and Policy Guidelines*, in F. Schmallager, M. Pittaro (a cura di), *Crimes of the Internet*, 2008, Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ.

¹⁰⁵ Cass. Sez. V, n. 57503/2017; sull'espansione del delitto di adescamento, si veda anche Cass. Sez. III, n. 32170/2018, con il commento di G. Pontepirino, *La compatibilità del delitto di adescamento di minorenni con i principi costituzionali*, in *Diritto Penale e Processo*, 2019, n. 4, p. 521.

morte della vittima o in una lesione personale grave o gravissima”, autoinflitta alla sua stessa persona. La Cassazione, attenuando la “portata istigatoria” di alcuni messaggi, rinvenuti sui cellulari delle parti in causa, ritenne che la condotta del presunto istigatore fosse inquadrabile nella fattispecie di reato di “adescamento di minorenni” ex art. 609-undecies cp, rigettando da ultimo il ricorso.

Ma a cosa ci si può ancorare, in un’ottica di *governance* politico-criminale, per trovare risposta ai giochi della “spirale cibernetica della morte”? Un orientamento dottrinale-giurisprudenziale avrebbe riferito che una risposta a una domanda del genere sarebbe da rinvenire già a partire da una storica sentenza della Corte Costituzionale,¹⁰⁶ riferita al reato di plagio e da questa stessa decisione dichiarato incostituzionale; l’art. 603 c.p. riferiva che “*chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da anni cinque ad anni quindici*”. La stessa disposizione, infatti, costituiva l’unico esempio di penalizzazione di una condotta perfettamente inquadrabile con quella delle dinamiche relative alla “Blue Whale Challenge”, tale da ridurre ad incapacità di autodeterminarsi la vittima, a causa della condizione di dipendenza psicologica ed emotiva al volere del plagiante (nel nostro caso l’amministratore-*dominus* che inoltra i messaggi, dando inizio alla catena della morte).

La declaratoria di incostituzionalità, al tempo, trovò fondamento in un triplice ordine di ragioni: in primo luogo, nell’indeterminatezza della norma, in netto contrasto con il principio di tassatività enucleabile a partire dall’art. 25 Cost, in secondo luogo, nella non piena verificabilità del fatto contemplato dalla fattispecie, nonché, in ultima battuta, nella scomoda eventualità di consentire un ampio margine di discrezionalità del giudice, che avrebbe potuto portare a pericolosi giudizi arbitrari da parte dell’organo decidente nell’accertamento del reato. Sebbene l’abrogazione della norma incriminatrice in questione si sia resa pienamente necessaria per il rispetto dei principi costituzionali, nel corso degli anni si è assistito a un movimento “nostalgico” che in più occasioni ha avuto modo di chiedere un intervento da parte del legislatore verso una reintroduzione del reato di plagio psicologico all’interno del nostro codice penale. Questi input sono finiti tragicamente in un nulla di fatto, in quanto durante la XIV Legislatura il d.d.l. del 15 marzo 2013 non arrivò a vedere la luce per mancata conclusione del suo iter di approvazione. Il progetto prevedeva l’introduzione di quello che sarebbe dovuto essere l’art. 613 bis del codice, contenente una fattispecie di reato di c.d. “manipolazione mentale”. In definitiva, buona parte delle attività volte alla salvaguardia di beni giuridici fondamentali, quali l’integrità psicofisica delle vittime interessate dalla tematica stessa della Blue Whale Challenge, sarebbero esclusivamente pervenute per meriti afferibili a una matrice europea (come ben riscontrabile dall’istituzione di una commissione di

¹⁰⁶ Corte Costituzionale, n. 96/1981.

inchiesta a riguardo, promossa nel 2016 dalla Commissione Europea) e alla linea assistenziale che l'associazionismo del terzo settore ogni giorno pone come argine a sostegno delle vittime di simili condotte.

L'approdo del fenomeno Blue Whale Challenge in Europa, al di fuori dei nostri confini nazionali ha avuto modo di costituire il ponte-network di una rete che trovava, come già ricordato nel corso della nostra sistematica trattazione, suo nodo-sorgente all'interno della Federazione Russa. Lo stesso inizio dell'attecchire di questa peculiare forma di condotta ha trovato materializzazione a partire dalla Polonia, nazione europea dove si sono riscontrati i casi più critici e numericamente elevati, che hanno spinto già a partire dalla fine dell'anno 2016, il governo verso una seria e approfondita discussione della triste situazione all'ordine del giorno. In stati quali Francia e Regno Unito, in ordine alla repentina espansione del fenomeno, una considerazione merita di essere spesa anche con riguardo al massiccio utilizzo e, forse, 'abuso' che si fa dello strumento informatico e della piazza-social nel quotidiano. Il già nominato filone di ricerca originato dall'India ha ben messo in luce come certe abitudini sociali abbiano permeato il tessuto culturale di nazioni, quali quelle sopra menzionate, al punto da convertire i mezzi tipici attraverso cui porre in essere certi tipi di crimini (così come i mezzi di ricerca della prova, per converso), con particolare riferimento a certi reati contro il patrimonio, ma anche a delitti contro l'ordine pubblico, delitti contro l'incolumità pubblica, sino a costituire integrazione e non più solo circostanza aggravante, con riferimento ai delitti compiuti contro la persona.¹⁰⁷

Tornando alla risposta sanzionatoria mirata ad inquadrare e reprimere giuridicamente il fenomeno in analisi, a tutela di soggetti interessati dallo stesso, quali prevalentemente minori, dunque meritevoli di un particolare ed acuito grado di tutela, sia preventiva che succedanea, anche in Francia, si è finiti con l'adottare, in un primo momento, una linea giurisprudenziale in parte analoga e simile a quella italiana, mancando parte degli elementi oggettivi richiesti per identificare il fenomeno entro le possibili tipizzazioni criminose a disposizione. Solo a partire da una spinta a matrice UE e da parte di istanze lobbistico-associazionistiche, molto presenti in terra francese sul piano di tutte quelle condotte lesive, che possano configurare danni considerati come c.d. "*dommage irréparable*" alla vita, in senso sia biologico, quanto soprattutto psichico, di soggetti 'deboli', si è arrivati ad una tipizzazione della fattispecie criminosa di c.d. "adescamento per via telematica di minori", sugli esempi di Belgio e Spagna, facendovi confluire una pluralità di condotte, tassativamente previste.

¹⁰⁷ K. Jaishankar, N. Ronel (a cura di), *Global Criminology: Crime and Victimization in a Globalized Era*, CRC Press, Boca Raton, FL.

In un contesto come quello appena descritto, prendono le mosse le traduzioni delle esternalità di internet, quali i cyber-illeciti e, in particolare, il cyber-bullying, pur nel quadro dell'incertezza già evidenziato nel primo capitolo. Difficoltoso e non del tutto agevole risulta essere, per altro verso, l'inquadramento di derivati del cyberbullismo, comunemente soggiacenti ad unica disciplina in alcuni sistemi (prevalentemente coincidenti coi sistemi di common law,¹⁰⁸ meritevoli piuttosto di essere oggetto di distinguo, sia per differente grado di offensività, che per conseguenze lesive e manifestazioni incisive su psiche o fisico del soggetto passivo contro cui l'illecito è rivolto. Parrebbe dunque ragionevole, oltretutto doveroso, auspicare a scelte normative confacenti con l'esigenza di regolare ipotesi di fattispecie che, pur partendo da un mezzo, un elemento psicologico e un contesto comune, trovano specificazioni ulteriori in svariati altri elementi, andando incontro a conseguenze sanzionatorie più o meno severe.

4. IL CYBERBULLISMO NEL MONDO: UNA REGOLAZIONE NECESSARIAMENTE CONDIVISA

Dopo aver descritto ed analizzato il fenomeno del cyber-illecito in senso normativo ed averlo approfonditamente declinato all'interno di un contesto italiano, sotto svariate lenti, preme adesso avvicinarsi verso un'analisi comparatistica riguardo il suo recepimento, apprezzamento e regolazione in termini internazionali. La scelta di una trattazione sistematica dell'oggetto in esame non può, per sua stessa natura, infatti, non estendersi entro un contesto regolatorio di matrice necessariamente internazionale, anche in ragione dell'evoluzione del fenomeno di internet, nei cui confronti il diritto è sempre apparso essere in affanno; pertanto nel tentativo di giungere a risposte condivise fra diverse nazioni dinanzi ad una causa comune, l'approccio comparativo costituisce una risorsa indispensabile per governare le potenziali esternalità negative della rete in particolare, e del cyberbullismo in particolare.

In un'ottica comparata, non possiamo prescindere da una breve premessa sul difficile inquadramento della giurisdizione in materia di condotte su internet, e - soprattutto nei casi di c.d. cyberbullismo indiretto - quale sia il diritto applicabile. L'applicazione di norme condivise a livello internazionale in materia rappresenta una delle principali problematiche, invero, dell'interezza del dominio cibernetico. Tuttavia, risulta diffusa la prassi che applicherebbe al cyberspazio il diritto internazionale. Ciò risulta dimostrato dall'atteggiamento quasi generalizzato dei Governi, come

¹⁰⁸ Lo stato federale del Michigan, Stati Uniti, ha implementato due *statutes* a tutela delle vittime di bullismo e cyberbullismo, considerati come fenomeno autonomo ed unitario rispetto alle molteplici condotte che li possono integrare, rispettivamente nelle *compiled laws* a § 380.1310B e §750.411T.

anche dalle considerazioni contenute in importanti contributi della dottrina internazionalistica¹⁰⁹ e dal *report* sul tema da parte del gruppo di esperti nominato dalle Nazioni Unite.¹¹⁰

Proprio in questa direzione lo stesso Governo italiano pare infatti essersi mosso al termine dell'anno passato, pubblicando il c.d. "Position Paper sul Diritto Internazionale e cyber-spazio"¹¹¹, affrontando con il documento undici aspetti differenti, dalla sovranità digitale alla più generale tutela dei diritti umani. Grazie a questo documento, il nostro paese si allinea alle indicazioni delle Nazioni Unite, secondo cui il diritto internazionale, come soprattutto la Carta delle Nazioni Unite, si applicano al cyberspazio e sono valutate di fondamentale importanza per assicurare la pace e la stabilità. A ben vedere, il problema profilato non riguarderebbe poi soltanto quali norme adottare, quanto altresì le modalità entro cui applicarle a un c.d. "dominio a-territoriale" quale è la rete.

4.1 La generalizzata mancanza di normative in Europa e le dovute eccezioni

L'aumento della disponibilità come della necessità di Internet della società, dunque il fenomeno della medesima 'digitalizzazione', hanno posto esigenze di tutela nuove, come dimostrato dall'esposizione massiccia ad attacchi informatici, anche a livello globale, rendendo dunque indispensabili misure concrete per mitigare operazioni cibernetiche ostili di svariati generi e forme.

Secondo quanto sostenuto dalle Istituzioni governative italiane curatrici del protocollo, il principio di sovranità proibisce a uno Stato di condurre operazioni cibernetiche che producano un danno sul territorio di un altro stato, costituendo queste altresì una violazione del principio di non intervento negli affari interni di un altro Stato, come regola portante del sistema internazionale sin dal 1830. Diverse valutazioni occorrono essere meglio precisate in punta di attribuzione di una responsabilità, dunque dell'attribuzione degli illeciti, non essendo sempre agevole individuare l'autore di certe operazioni, per quanto in materia di *cyberbullying* come di *hate speech* non si tratti, nella maggioranza dei casi, di soggetti dotati di una elevata capacità di nascondere le proprie tracce. Fra gli altri temi apprezzati dal *position paper* italiano spiccano in ultima battuta quello dei diritti umani e della cooperazione. In merito ai primi, l'Italia ritiene che nel cyberspazio si debba applicare il diritto internazionale dei diritti umani e che ogni stato debba tutelare tali diritti sia nel mondo reale che in quello digitale, con particolare riferimento la libertà di espressione, al diritto di libero accesso

¹⁰⁹ Il riferimento è al c.d. Tallin Manual, testo (non vincolante) di diritto internazionale riguardante i cybercrime e la guerra elettronica, giunto alla seconda edizione. M.N. Schmitt, L. Vihul, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2017.

¹¹⁰ Approvato dall'Assemblea Generale in data 14 luglio 2021, risoluzione A/76/135: *Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security*. Consultabile on-line presso <https://www.undocs.org/pdf?symbol=en/A/76/135>, sito web, visitato il 15/02/2022.

¹¹¹ Il documento è pubblicato, in lingua inglese, sul sito del Sistema di Informazione per la Sicurezza della Repubblica: <https://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/archivio-notizie/italian-position-paper-on-international-law-and-cyberspace.html>, sito web, visitato in data 11/02/2022.

alle informazioni, al diritto all'oblio e al diritto alla privacy. Sulla cooperazione poi, è indubbio come questa si dimostri lo strumento fondamentale nel dominio cibernetico, non essendo un caso che, anche nell'ultimo anno, sia nell'ambito della NATO che dell'Unione Europea, sia stata costantemente sottolineata l'importanza che i paesi collaborino per rafforzare le misure di prevenzione e di contrasto agli attacchi informatici su larga scala; come anche di individuare linee normative sempre più di carattere multilaterale con riferimento alla generalità di condotte telematiche lesive di beni giuridici fondamentali appartenenti ai singoli soggetti. Sebbene il cyberbullismo e, più in generale il bullismo, siano da sempre stati considerati motivi di preoccupazione e una violazione dei diritti dei minori, con un forte impatto sui giovani, sulle loro famiglie, sugli insegnanti e sui problemi, nel continente europeo non si è arrivati ad un'opera di regolazione del fenomeno in termini normativi che fossero davvero innovativi, nè, tantomeno, ad una sua effettiva ed organica tipica criminalizzazione (salvo debite eccezioni che non mancheremo di analizzare).

4.1.1 L'estensione di fattispecie preesistenti e l'applicazione del Criminal Justice Courts Act nel sistema del Regno Unito

Un chiaro esempio di apprezzamento indiretto del fenomeno è quello riferibile al Regno Unito, dove si è proceduto ad un'applicazione di fattispecie preesistenti e del c.d. "*Criminal Justice and Courts Act*". Nonostante i primi passi in terra anglofona, verso un tentativo di regolamentazione normativa, avanzati con il c.d. *Byron Review*¹¹² prima e la costituzione di un'Agenzia Governativa quale il *Department for Children, Schools and Families* (DCSF), e i loro costanti impegni e tentativi ai fini di una corretta rimozione, da parte dei siti, dei singoli contenuti considerati dagli utenti offensivi, non si è arrivati da subito al risultato atteso. Come deducibile dal rapporto annuale del 2010 prodotto dalla stessa Agenzia, non vi fu alcun progresso visibile in tal proposito, nè per ciò che riguarda i giovani (*cyberbullying*) né per quanto riguarda gli adulti (*hate speech*): i prestatori dei servizi social avrebbero infatti dovuto abbattere i tempi di rimozione dei contenuti, effettuando tale operazione "con coerenza e trasparenza", invece continuarono a pubblicare contenuti che violavano gli stessi c.d. "*terms of service*" senza fornire spiegazione alcuna all'utente che li segnalava come inappropriati. Salvi pochi altri servizi forniti prevalentemente da providers riconducibili prevalentemente al campo della telefonia mobile, al 2010 la situazione appariva come esattamente coincidente a quella italiana, americana ed europea in generale.¹¹³

¹¹² T. Byron, *Safer Children in a Digital World, The Report of the Byron Review*, 2008, DCSF Publications, Nottingham, U.K.

¹¹³ T. Byron, *Do we have safer children in a digital world? A review of progress since the 2008 Byron Review*, DCSF Publications, Nottingham, U.K.

Pur rimanendo molti i tentativi di fronteggiare il fenomeno, ciò che risultava era un vero e proprio vuoto normativo relativamente alla tutela delle vittime, potendosi queste difendere esclusivamente grazie all'applicazione di disposizioni riferite a reati simili, seppur autonomi e differenti. Cosa di cui va tenuto conto nell'applicazione di fattispecie già disciplinate ai casi di cyberbullismo è però la distinzione fra comunicazioni che possono costituire minacce credibili di violenza alla persona o di danni materiali, o all'opposto quelle comunicazioni che colpiscono specificamente un individuo o un gruppo e che possono integrare reati quali molestie o lo *stalking*, già tutelate in terra britannica dal c.d. *Protection from harassment Act* del 1997. Tuttavia, lo stesso direttore delle *Public Prosecutions* inglesi affermò che anche le comunicazioni che non rientrano in nessuna delle categorie succitate, ovvero quelle che possono in maniera approssimativa essere definite come meramente offensive, indecenti, o oscene possono trovare tutela nel caso in cui avvengano su social media.¹¹⁴

Mentre per le ipotesi di fattispecie di c.d. “minaccia credibile” di dichiarare di voler uccidere una persona possono vedersi applicate le disposizioni di cui alla sez. 16 della *Offences Against the Person Act* (1861), qualora, invece, le stesse consistono in una vera e propria linea di condotta di carattere continuativo, allora si vedrà applicata la disciplina di cui all'art. 4 del *Protection from harassment Act*. A ben vedere occorre ricordare che le c.d. “minacce credibili” di violenza alla persona, ossia di cagionare danni alla sua proprietà, possano altrimenti rientrare nell'ambito di operatività della tutela della *Section 127* del *Communication Act*, vietando questa l'invio di messaggi di carattere “intimidatorio” attraverso una rete pubblica di telecomunicazioni, seppur nel rispetto del *binding precedent*,¹¹⁵ che afferma l'impossibilità applicativa delle disposizioni in via “analogica” a casi di cyberbullismo, qualora si tratti di “un messaggio che non crea mediamente paura o apprensione in coloro che lo leggeranno o verso cui è rivolto, difettando lo stesso di contenuti manifestamente minacciosi”.¹¹⁶

Diverso il caso della discriminazione come contenuto del messaggio medesimo, la quale si vedrebbe inquadrata entro le disposizioni previste dal § 28-32 del *Crime and Disorder Act* (1998), nonché del § 145 del *Criminal Justice Act*, dal quale si fa derivare una circostanza aggravante nei casi di riferimenti razziali, religiosi, in merito all'orientamento sessuale, ovvero all'identità di genere. Com'è noto, tuttavia, la maggior parte delle condotte di cyberbullismo si configura quali messaggi contenenti comunicazioni che si distinguono per il loro carattere grossolanamente

¹¹⁴ Così affermato dal DPP Keir Starmer in data 20.09.2012, in riferimento ad un famoso caso di *hate speech*, il famoso caso *R v Paul Chambers* (popolarmente conosciuto come il Twitter Joke Trial).

¹¹⁵ *Paul Chambers v DPP*, Case n. CO/2350/2011.

¹¹⁶ *Ibidem*, si veda a proposito il commento del caso *Chambers* nella dottrina americana in E. Volokh, *First Amendment and Related Statutes: Problems, Cases and Policy Arguments*, 2020, settima edizione, Foundation Press.

offensivo, indecente, minaccioso, o altrimenti falso od osceno, la cui tutela nel regno unito è rinvenibile nella *Section I* del *Malicious Communications Act* o nella *Section 127* del *Communications Act*. Il reato si considera come perfettamente integrato nel momento stesso in cui esso è inviato, senza esigere quale requisito oggettivo della condotta la presa visione del destinatario cui è rivolto; dunque, operando una presunzione assoluta di conoscibilità da parte del soggetto leso dal momento in cui il contenuto lesivo dello stesso circola nel cyberspazio e nei server del social network o della piattaforma comunicativa altrimenti di riferimento. La normativa cui si fa riferimento si differenzia per vero, da quella contenuta del già richiamato *Malicious Communications Act*, in quanto richiederebbe l'elemento di prova della dimostrazione dell'effettiva consapevolezza da parte del soggetto agente che il messaggio fosse dotato in concreto di caratteristiche formali e contenutistiche offensive in generale, come anche che ordinariamente ci si sarebbe potuti aspettare una sua ricezione da parte del soggetto passivo.

In definitiva, appare chiaro che tutte queste previsioni siano piuttosto complesse da applicare ai casi di cyberbullismo, non solo constatata la particolare entità del minore in genere, bensì poiché risulterebbe conflittuale l'estensione alla rete di fattispecie già esistenti rispetto al diritto di libera espressione in rete, previsto dallo *Human Rights Act* inglese, così come modificato a seguito del recepimento della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Dunque, risulta sempre più nitida l'esigenza primaria di adottare una disciplina specifica, la quale si proponga di individuare e tipizzare coerentemente le diverse ipotesi astrattamente configurabili di cyberbullismo, così come le loro modalità e sanzioni corrispondenti¹¹⁷.

4.1.2 La recente normativa spagnola: l'evoluzione sino all'intervento della novella della Ley Organica 1/2015

In evidente contrapposizione alla già ricordata generalizzata assenza in Europa di discipline organiche di merito sul fenomeno del cyberbullismo, un'analisi approfondita va rivolta a quella che è invece l'innovativa esperienza spagnola che ha condotto, da ultimo, ad una soluzione maggiormente confacente all'obiettivo di neutralizzare il cyber illecito. Nel contesto spagnolo, infatti, si è in più occasioni provveduto all'individuazione di una particolare fattispecie lesiva quale il c.d. *acoso*¹¹⁸ che, come tale, può declinarsi in diverse sfumature della condotta base che, in via di

¹¹⁷ P. Smith, J. Mahdavi, M. Carvalho, N. Tippett, *An investigation into cyberbullying, its forms, awareness and impact, and the relationship between age and gender in cyberbullying*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2018.

¹¹⁸ La Real Academia della lingua spagnola definisce “*acoso*”, come “*la acción y efecto de acosar*” ossia: “*1. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona (...)* 3. *Perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o requerimientos*”. Sebbene possa verificarsi un *acoso* quando qualcuno viene infastidito da richieste o domande insistenti (“*no me acosés*” si suole dire, che significa “non scocciarmi”), la natura delle molestie - per ciò che interessa al diritto penale, è più propriamente quella persecuzione senza tregua o riposo, che in alcuni sistemi giuridici

semplificazione, possiamo definire “molestie”. La letteratura giuridica spagnola e, prima ancora, il legislatore spagnolo, sovente si sono imbattute nella trattazione analitica del fenomeno, le cui sfumature dipenderebbero da caratterizzazioni proprie delle vittime destinatarie di tali condotte lesive, pur sussistendo come fondamento il carattere univoco della persecutorietà.¹¹⁹

La problematica del bullismo prima e del cyberbullismo in secondo luogo, entrò a far parte del dibattito legislativo spagnolo in un’ottica di apprezzamento di fenomeni sociali diffusi nel quadro sociale e scolastico spagnolo a partire dal 2005, con la definizione dell’oggetto dell’Istruzione n. 10/2005, intitolata “*Sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de Justicia juvenil*”¹²⁰, emanata dalla Procura Generale dello Stato spagnolo a seguito di fatti giudiziari inerenti al fenomeno trattato che sconvolsero l’opinione pubblica spagnola al punto da richiedere un intervento mirato ed immediato. A partire da una repentina evoluzione del fenomeno del bullismo, chiamato anche *acoso escolar*, così etichettata la fattispecie in spagnolo piuttosto che attraverso l’anglosassone “*bullying*”, si individuava il fenomeno in esame in quegli incidenti tra alunni o studenti, ripetuti nel tempo e dal carattere violento, consistenti in aggressioni fisiche, minacce ed insulti posti in essere nell’ottica di un rapporto gerarchico di sottoposizione della vittima al volere del suo aggressore. A partire da questa fattispecie base e da una sua definizione contenuta in numerosi studi portati avanti dal 2005 in poi, il termine “cyberbullismo” entrò a far parte della trattazione psicosociale e giuridica in Spagna a partire dall’anno 2007, con una sua sommaria introduzione in un rapporto a cura del Difensore Civico spagnolo intitolato “*Violencia escolar: El Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria (1999-2006). Nuevo Estudio y actualización dell’Informe 2000.*”

Nonostante la iniziale sommarietà della trattazione di un fenomeno, che ancora faticava ad essere riconosciuto nella sua variante “tecnologica”, al netto di un suo minor tasso d’incidenza rispetto al semplice *acoso escolar*, col passare degli anni si iniziava a prendere consapevolezza del fenomeno del c.d. *cyber acoso* a seguito dell’esponentiale aumento dei casi nel territorio della penisola iberica e di ulteriori fatti di cronaca che macchiarono la storia di centinaia di adolescenti. Nel 2012, seppur ancora in assenza di un qualsiasi tipo di intervento da parte del legislatore comincia una lenta opera

si caratterizza come molestia e/o grave fastidio, che finisce per essere incanalata quale presupposto, ad esempio, della violenza domestica. Deve precisarsi che l’ordinamento spagnolo ne conosce differenti tipologie, riconducibili ad un ampio ventaglio di fattispecie, di cui rappresentano chiaro esempio le forme di “*acoso laboral*” e “*acoso inmobiliario*”, oggetto di tipizzazione per il tramite della riforma del codice penale attuata attraverso la Ley Organica n. 5/2010.

¹¹⁹ J.L. De La Cuesta Arzamendi, V. Mayordomo Rodrigo, *Acoso y derecho penal*, in Eguzkilore - Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia, 2011, n. 25, pp. 21-48.

¹²⁰ Deve in realtà dirsi come la primissima definizione di bullismo si riscontri già nella memoria annuale del *Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid* (2005), emanata in seguito al suicidio di Jokin Ceberio, con limitato riferimento al territorio madrileno, con la quale il bullismo veniva definito “*acción reiterada a través de diferentes formas de acoso (físico o psicológico) u hostigamiento entre dos alumnos o entre un alumno y un grupo de compañeros en el que la víctima está en situación de inferioridad respecto al agresor o agresores*”.

di riconoscimento del fenomeno delle corti spagnole¹²¹, senza che, tuttavia, queste riuscissero in via unanime a fornire una univoca configurazione oggettiva specificata, lasciando in definitiva ancora più vuota quella lacuna normativa cui si è fatto riferimento.

Un complicato intreccio fra esigenza preventiva-educativa e crescenti richieste da parte di istanze in cerca di una criminalizzazione del fenomeno portarono, con la L. n. 2 del 3 maggio 2006, all'introduzione di una disciplina di dettagli. A partire da questo intervento si profilò una riforma del sistema educativo tale da proporre particolare attenzione sull'educazione e sullo strumento culturale quali meccanismi utili alla prevenzione e alla risoluzione dei rapporti fra vittima e bullo. La scelta optata trovò il favore della maggioranza della dottrina penalistica spagnola del tempo, dove spiccava fra le tante voci quella secondo cui le politiche in materia di bullismo dovessero trovare ristoro non già nello strumento ultimo della macchina penale, quanto più sul ricorso a strumenti di carattere preventivo, dovendo quindi vedersi riconosciuto un solo carattere residuale al primo, azionabile, in via esclusiva, innanzi a condotte in grado in concreto di arrecare un danno significativo in capo alla vittima o quantomeno di produrre un significativo rischio che questo si sarebbe potuto verificare.¹²²

L'*acoso escolar*, proprio in ragione dell'entità di soggetti che si possono ricondurre alla sua fattispecie, ha permesso in quella fase iniziale di far rimanere confinato l'intervento penale ad ipotesi residuali, ferme anche le garanzie fissate dall'ordinamento penale spagnolo in punta di responsabilità penale del minore, fra cui spicca la garanzia della non-imputabilità del minore infra-quattordicenne, in maniera sovrapponibile all'ordinamento italiano. Con l'avanzare di fatti di cronaca che vedevano le conseguenze di atti di bullismo e cyberbullismo come particolarmente tragiche, si accesero le scintille nel dibattito dottrinale-giurisprudenziale, con rilevanti istanze che chiedevano un'opera di piena criminalizzazione delle condotte in questione. Fu così che la giurisprudenza delle corti spagnole assunse un ruolo primario nell'individuazione dei criteri oggettivi che potessero essere considerati essenziali ed utili all'integrazione e alla determinazione del cyberbullismo.¹²³ Una rilevanza penale del fenomeno dell'*acoso escolar* è stata rilevata dalla giurisprudenza recente del Tribunale Supremo, facendo riferimento soprattutto ai delitti contro l'integrità morale tipizzati entro il *Código Penal* spagnolo.¹²⁴

¹²¹ Si richiamano le seguenti decisioni: Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 15 novembre 2013, n. 209 e Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 14 marzo del 2014, n. 107.

¹²² M.L. Cuerda Arnau, *Acoso escolar y Derecho Penal de Menores. Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, in Colección Estudios Jurídicos, 2006.

¹²³ J.A. Moreno Martínez, *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección*, in La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual, 2007; V. anche F. Pérez Ferrer, *La respuesta penal al acoso escolar*, in Rivista de Derecho y Educación, 2010.

¹²⁴ Si ricorda come il bene giuridico dell'integrità morale sia riconosciuto come meritevole di tutela in via autonoma anche a livello costituzionale entro i limiti di cui all'art. 15 della Carta Costituzionale spagnola.

In virtù di quanto ricostruito, la giurisprudenza successiva, sul tema, individuò come norma di riferimento proprio il dispositivo dell'art. 171.1 *codigo penal* che, proponendosi di tutelare la dignità umana del soggetto passivo, risultava essere applicabile contro chiunque infliggesse a una persona un trattamento “degradante”, andando così a menomare la sua integrità morale. La norma richiamata è stata a lungo criticata per una sua intrinseca potenziale conflittualità con il principio di tassatività da parte della giurisprudenza che ha avuto modo in più occasioni di riconoscere il reato in esame come particolarmente predisposto ad un'interpretazione letterale incerta, date le sue vaghe parole che non rispondono adeguatamente al principio di tassatività.¹²⁵

Ecco che con riferimento alla ripetitività tipica del fenomeno del bullismo e del cyberbullismo, si giunse ad applicare alle fattispecie *de quo* il reato del *acoso permanente*, inserito all'art. 172 *ter* del *codigo penal* già dall'anno 1995, definita in maniera un po' impropria da alcuni media quale il primo riconoscimento penale su terra europea del cyberbullismo, dovendo piuttosto far riferimento ad un reato strutturalmente simile agli atti persecutori. Solo con la *Ley Organica* del 2015 si aggiunse al primo comma dell'articolo in questione l'apprezzamento di condotte criminose ampie. L'impianto normativo richiamato, pur non proponendosi di normare il bullismo come neanche la sua variante cibernetica, risulta esserne la principale leva di tutela.

Da ultimo, occorre brevemente soffermarsi sull'ulteriore rilievo che assume nel codice penale spagnolo la fattispecie tipica di rivelazione e scoperta di segreti (art. 197 del *codigo penal*). La norma è da molti richiamata quale il meccanismo di tutela penale che la legge accorda in caso di lesione del bene giuridico fondamentale della riservatezza, richiamato nella carta fondamentale spagnola all'art. 18.1. Il riconoscimento di un simile diritto esplica la propria efficacia in termini di tutela entro un duplice binario: sia quello del diritto all'esclusione di intromissione dei terzi nella vita privata del singolo cittadino, sia, d'altro canto, il diritto al controllo della pubblicizzazione di informazioni personali. Dalla disposizione non può che emergere un'ampia portata di difesa, applicata in più occasioni in terra spagnola in casi di cyberbullismo, pur temperata con quanto disposto dalla succedanea *Ley Organica* del 2015 che, aggiungendo un settimo comma, ha tipizzato condotte e conseguenze riferibili al tema del cyberbullismo soprattutto nell'ipotesi di distribuzione non consensuale di immagine intime. Con la riforma del 2015, da ultimo, il legislatore spagnolo ha quindi ampliato anche la normativa di dettaglio in materia del *sexting*, annoverando alcuni strumenti come compatibili alla regolazione giuridica, sia su piano apprezzativo che punitivo, alla repressione delle condotte di cyberbullismo.

¹²⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, 18 giugno 2012, n. 127 si è espressa sul reato come “*absolutamente abierto al utilizar expresiones vagas que no responden adecuadamente al principio de taxatividad.*”

4.2 La normativa progressiva e integrata nel caso dello Stato Federale del Michigan

La trattazione fin qui svolta ci dovrebbe aver permesso di comprendere che, almeno con riferimento a singole condotte di cyberbullismo dalle quali scaturisca un illecito penale, il cyberbullismo non viene qualificato né parimenti sanzionato come autonomo centro di imputazione della responsabilità penale. Non sono mancate tuttavia iniziative *de iure condendo* di parere opposto, nonché veri e propri esempi di inquadramento di tali condotte come crimini: si fa qui riferimento ai casi americano dello Stato Federale del Michigan ed a quello Messicano.

Nel sistema statunitense, a partire dal 2013, su una spinta da parte del Governo Statunitense, i singoli stati federali hanno infatti avuto modo di attuare tramite l'impiego di leggi federali dal contenuto di dettaglio normative in materia di condotte di “*bullying*”, “*hazing*” ed affini, partendo da un inquadramento definitorio specificato dallo stesso Governo americano e fruibile attraverso mezzi di pubblicità informativa quali siti governativi istituzionali e campagne di sensibilizzazione e formazione.¹²⁶

Nel Michigan, a partire dal 2019, il cyberbullismo venne infatti dichiarato reato grazie ad uno *statute*¹²⁷ sostenuto dalla maggioranza repubblicana e firmata dall'allora governatore Rick Snyder. Con tale atto normativo si arrivò ad incriminare l'autore di condotte di atti di bullismo che abbiano conseguito dei danni alla vittima designata in seguito a messaggi pubblicati su social media o altri forum online. Il provvedimento, entrato in vigore già nell'aprile dello stesso anno definisce il *cyberbullying* come “*la pubblicazione di un messaggio o di altro tipo di dichiarazione in un forum pubblico in rete con l'intento di danneggiare, intimidire o molestare una persona al fine di cagionare disagio emotivo o altri danni alla persona*”. La previsione in esame fa corrispondere, all'apposizione in essere di simili atti illeciti, la sanzione detentiva della reclusione fino a un anno di carcere (oltre a una sanzione pecuniaria accessoria sino a mille dollari), qualora le azioni apportate dal *perpetrator* interferiscano con le “opportunità educative” della vittima, ovvero ne influenzino negativamente l'abilità di partecipare alle attività della scuola poiché pongono la vittima in stato di grave ansia (*substantial emotional distress*) o paura di aggressioni (*fear of physical harm*), ovvero ancora che abbiano avuto un effetto negativo sulla salute fisica o mentale del pupillo ovvero infine che abbiano causato un danno al funzionamento scolastico.¹²⁸ Si aggiunge a questa un'ipotesi di quello che nei nostri confini qualificheremmo reato aggravato dall'evento, alla luce della quale, qualora dall'attività illecita dell'agente ne consegua una lesione o addirittura la morte

¹²⁶ Con tale facendo riferimento a siti governativi consultabili in rete quali www.stopbullying.com, i quali prospettano in via analitica quanto riferito e constatato

¹²⁷ Come già ricordato, lo stato federale del Michigan, Stati Uniti, ha implementato due statutes a tutela delle vittime di bullismo e cyberbullismo, considerati come fenomeno autonomo ed unitario rispetto alle molteplici condotte che li possono integrare, rispettivamente nelle compiled laws a § 380.1310B e §750.411T

¹²⁸ Mich Comp. Law Governative Service § 380.1310 A, B, C, D

della vittima, si fa corrispondere un aspro aggravamento della pena detentiva, trasformando il reato in un vero e proprio *felony crime*, punibile con pene fino a cinque anni di carcere (in caso di lesioni) o dieci anni di carcere (in caso di morte).

Le leggi e i regolamenti citati arrivano a coprire condotte di cyberbullismo anche qualora queste si verificano al di fuori dello stesso campus scolastico, operando così una stretta collaborazione tra i singoli istituti scolastici e le istituzioni scolastiche distrettuali, necessità che si era resa evidente anche in ragione dello spiccato grado di autonomia scolastica del sistema statunitense. Infatti, qualora il *perpetrator* si avvalga di dispositivi di accesso alle telecomunicazioni o di servizi di telecomunicazione riferibili all'istituto scolastico, la condotta potrà essere considerata come rilevante ai fini di un intervento mirato anche da parte della struttura scolastica. Utili al raggiungimento dello scopo sono poi azioni positive, quali la designazione di un funzionario scolastico di riferimento, in grado di garantire l'attuazione di siffatte politiche, attraverso una dettagliata linea informativa attraverso l'impiego di siti web o portali.

La normativa del Michigan statuisce, inoltre, che i distretti scolastici debbano essere incoraggiati dalle autorità governative a formare delle *task force* per la prevenzione di simili fenomeni, ovvero dei programmi, delle commissioni-arbitrati per adolescenti ed altre iniziative che coinvolgano attivamente il personale scolastico, gli alunni e le loro eventuali formazioni sociali, volontari privati o appartenenti ad associazioni territoriali, forze dell'ordine ed altre parti interessate della cittadinanza.

Il fatto stesso di individuare, negli insegnanti e nel personale scolastico in generale, le figure portanti nell'azione volta alla prevenzione e contrasto al bullismo ed al cyberbullismo ha necessitato il bisogno di formare queste persone annualmente, richiedendo che le figure referenti nominate, integrino in organico figure di tutela e supporto psicologico per la salute mentale degli studenti come dei loro tutor, utili anche alla proposta di arrivare a pratiche riparative alternative alla sospensione o all'espulsione dall'istituto. In conclusione, il prodotto ultimo consultabile pubblicamente di siffatta opera regolamentare in materia di bullismo e cyberbullismo confluisce ogni anno nella redazione di un documento emesso dalla pubblica autorità governativa *US Department of Education: "Analysis of State Bullying Law and Policies"*¹²⁹.

¹²⁹ Una delle ultime pubblicazioni pienamente fruibili del documento sull'analisi delle leggi e regolamentari degli stati federali ad opera dell'Autorità Governativa competente in materia di Educazione ed Istruzione, visionata in data 16 febbraio 2022: <https://www2.ed.gov/rschstat/eval/bullying/state-bullying-laws/state-bullying-laws.pdf>; si veda anche M.T. Kueny, P.A. Zirkel. *An Analysis of School Anti-Bullying Laws in the United States*, Middle School Journal, vol. 43, no. 4, 2012, pp. 22-31.

4.3 La “Ley Olimpia”: dal caso di cronaca alla peculiare opera di criminalizzazione del cyberbullismo nell’esperienza messicana

Con riferimento al caso messicano, l’approdo a una normativa sistematica ed organica, volta ad inquadrare il cyberbullismo come reato, è stato il prodotto di vicende giudiziarie amare, che sovente, vedevano l’interfacciarsi dell’illecito in esame con un contesto socio-culturale nel quale, fenomeni come il c.d. ‘femminicidio’ e il razzismo, permangono, dovuti a contrasti intestini alla società in termini socio-culturali non indifferenti.¹³⁰

La vicenda che segnò la definitiva necessità di una normativa in materia fu quella che interessò la neo-diciottenne Olympia Coral Melo Cruz, dalla quale prende il nome la stessa legge poi approvata e oggi in vigore. Nel 2012 Olympia Coral Melo Cruz aveva 18 anni e la sua vita fu sconvolta quando un video personale girato nell’intimità, insieme a quello che all’epoca era il suo fidanzato, cominciò a circolare su internet. Nel video era riconoscibile solo Olimpia, mentre il suo ex fidanzato ha sempre negato aver diffuso il contenuto. In poco tempo nella sua città natale, Huauchinango, nello Stato di Puebla, in Messico, Olimpia divenne oggetto di scherno e molestie: questa situazione le provocò una terribile crisi psicologica, si chiuse in casa per 8 mesi e cercò di suicidarsi per tre volte. Un giornale locale si fece eco della notizia, dimostrando come anche la stampa sia spesso complice della veicolazione della violenza machista. L’organo d’informazione etichettò la storia come la *Gordibuena* di Huauchinango (“*gordibuena*” è un’espressione in lingua spagnola, sessista, machista e discriminatoria, che vuole identificare, una donna in sovrappeso, ma sessualmente attraente).

Questa potrebbe essere una storia (terribile) come tante altre che fanno parte della nuova cyber-frontiera della violenza patriarcale contro le donne, una storia che si colloca in un paese latino-americano, il Messico, dove l’indice di violenza sulle donne è tra i più alti al mondo. Olimpia ebbe la fortuna di poter contare sull’appoggio della famiglia, specialmente di sua madre, e insieme decisero di affrontare legalmente la questione. Presto però si scontrarono contro un sistema giuridico non in grado di tutelare una vittima di violenza digitale. La persona in questione, prendendo coscienza del dilagare di simili storie in tutta la nazione, si fece presto promotrice di un’iniziativa di legge popolare nello stato in cui era residente e decise di affrontare pubblicamente la questione della cyber-violenza contro le donne. Da allora la stessa divenendo una riconosciuta attivista per i diritti delle donne, ha dedicato questi ultimi anni alla promozione di una legge nazionale che tipizzasse come delitto, le molestie e la diffusione senza il consenso delle vittime, di quelli che in Messico vengono chiamati “*packs*”: immagini, video e audio con contenuto sessuale.

¹³⁰ R. Manjoo, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its cause and consequences*, Human Rights Council, 26ma sessione, 28 maggio 2014.

Il cammino della cosiddetta *Ley Olimpia* (legge Olimpia) è stato lungo e accidentato e ci sono voluti ben 5 anni prima che lo Stato di Puebla stabilisse delle modifiche al codice penale introducendo la tipizzazione del delitto di violazione della privacy sessuale, di cyberbullismo e di diffusione di contenuti sessuali senza il consenso dei soggetti coinvolti. La data storica fu l'8 di dicembre 2018, quando, con un voto unanime, il Congresso de Puebla approvò la riforma. Di lì a pochi mesi altri Stati seguirono il cammino tracciato da Puebla e dalle rivendicazioni del comitato promotore sostenuto dalla stessa. Un anno dopo, toccò alla capitale federale del Paese. Nella vetrina più importante, nel Congresso dell'Unione di Città del Messico, la legge Olimpia venne approvata tra gli applausi, che determinava l'aspro aggravamento delle sanzioni penali detentive e no, per chi avesse commesso violenza digitale contro le donne. Il 5 novembre 2020 si arriva alla definitiva approvazione del senato dell'estensione della *Ley Olimpia* a livello federale, la quale sanziona la diffusione di contenuti intimi senza il consenso delle parti che può influenzare la vita privata dei soggetti, la loro intimità, dignità e integrità personale. Le autorità locali vengono così obbligate, in caso di denuncia, a cancellare i contenuti e oscurare gli spazi dove gli stessi vengono diffusi come misura precauzionale e inibizione della condotta tipizzata come violenza digitale.¹³¹

L'esperienza messicana si pone come frattura in un generalizzato sistema sudamericano all'interno del quale, salve dovute virtuose eccezioni (ci si riferisce in particolare ai casi della Colombia e del Paraguay), a stento si riesce anche soltanto a mettere in luce episodi che condividono tratti oggettivi quali quelli delle condotte di cyberbullismo. Da ultimo occorre ricordare come, già a partire dall'anno 2020, le autorità messicane siano state allarmate su una crescente drammatica "variazione sul tema" di cyberbullismo quale il c.d. "cyberbashing", di cui abbiamo già parlato al capitolo 1.

5. CONCLUSIONI

A valle dell'analisi effettuata, possiamo osservare che il cyberbullismo, nella sua magmaticità, è la manifestazione di un disagio giovanile che, unito alle sconfinite capacità della rete, è capace di manifestarsi in modalità estremamente diversificate, le quali a volte sfuggono ad una definizione unitaria da parte del diritto e possono assumere una propria specificità solo attraverso l'analisi necessariamente multidisciplinare offerta dalla criminologia.

La difficile collocazione del cyber-illecito nel quadro del diritto affonda le proprie radici in un contesto, quello della regolazione del c.d. 'cyber-spazio' e di quella che, oggigiorno, assumiamo essere una realtà dematerializzata, sempre più essenziale e parallela al tangibile, o addirittura - per usare un termine ormai entrato nel linguaggio comune - un *metaverso* dematerializzato alternativo alla "vita reale". Il superamento delle barriere fisiche e alla e la necessità di efficientamento dei

¹³¹ M.J. Bernàldez Aguilar, *La Ley Olimpia y la Dignidad Umana*, in *Universitaria*, 2020, Vol. 4, n. 28.

processi produttivi, così come di collegamento a filo diretto, ha visto trovare risposta nella tecnologia e dai suoi derivati. A differenza di quanto riferibile all'attività del diritto del 1900, la quale sfida fu imperniata attorno alla riuscita nell'impresa epocale di una regolazione del mercato, con l'avvento degli anni 2000 si è assistito ad un ribaltamento dello schema, laddove si è reso necessario regolare nuovi mezzi e nuove attività che, seppur svuotate della loro materialità, non sono state espropriate della propria agevole capacità di produrre esternalità in senso sia giuridico quanto economico.

Ciò detto, ecco il conseguente bisogno di regolare condotte come i cyber-illeciti ai fini di una neutralizzazione della loro potenziale offensività. Ecco che inquadrare il fenomeno di internet, come della rete *tout-court*, risulta confacente con il tentativo del diritto delle società contemporanee di agganciare in rincorsa una tecnologia come non più solo strumentale al raggiungimento del fine, ma che, potenzialmente, sta arrivando ad assurgere al compito di divenire figura di seconda realtà parallela.

Analizzare, descrivere ed infine comprendere il cyberbullismo costituisce il primo gradino della scala, indubbiamente lunga e ripida, che porta ad un suo più efficace controllo ed arginamento. È partendo dalla conoscenza di tutti gli aspetti del bullismo telematico, facilitata dall'approccio ad ampio spettro della criminologia, che si può comprendere quali possono essere le soluzioni più efficaci affinché venga minimizzata la violenza tra minori e si renda la rete un *metaverso* più sicuro per tutti gli utenti, a partire dai più giovani e fragili.

BIBLIOGRAFIA

Amore S., Stanca V., Staro S., *I crimini informatici. Dottrina, giurisprudenza ed aspetti tecnici delle investigazioni*, 2006, Halley editrice, Matelica.

Andry R. G., *Delinquency and parental pathology*, 1960, Methue, Londra

Aliprandi M., Pelanda E., Senise T., *Psicoterapia breve di individuazione*, 1990, Feltrinelli, Milano

Arca G., *La figura paterna nella devianza giovanile in Sardegna*, 1997, Celt editrice, Milano

Bauman S., *Cyberbullying: what counselors need to know*, 2014, Wiley, Hoboken, NJ, U.S.A.

Bertolini P., *Dizionario di pedagogia e scienze dell'educazione*, 1996, Zanichelli, Bologna

Bertolini P., Caronia L., *Ragazzi difficili, Pedagogia interpretativa e linee di intervento*, 1993, La Nuova Italia, Firenze

Bernàldez Aguilar M.J., *La Ley Olimpia y la Dignidad Humana*, in *Universitaria*, Vol. 4, n. 28, 2020

- Bernardi S., *Le Sezioni Unite chiariscono i limiti della (ir)rilevanza della “pedopornografia domestica” ai sensi dell’art. 600-ter c.p.*, in *Sistema Penale*, 2022
- Bowlby J., *Costruzione e rottura dei legami affettivi*, 1982, Cortina, Milano
- Brewer G., Kerslake J., *Cyberbullying, self-esteem, empathy and loneliness in Computers in Human Behavior*, 2015
- Brighi R., Di Tano F., *Identità, anonimato e condotte antisociali in Rete. Riflessioni informatico-giuridiche*, in [Rivista di filosofia del diritto](#), n. 1, 2019
- Byron T., *Safer Children in a Digital World, The Report of the Byron Review*, 2008, DCSF Publications, Nottingham, U.K.
- Byron T., *Do we have safer children in a digital world? A review of progress since the 2008 Byron Review*, DCSF Publications, Nottingham, U.K.
- Cerkovich S., Giordano P., *Family relationships and delinquency*, in *Criminology*, 1987
- Chang J., *The Role of Anonymity in Deindividuated Behavior: A Comparison of Deindividuation Theory and the Social Identity Model of Deindividuation Effects (SIDE)*, in *The Pulse*, Vol. 6, n. 1, 2008
- Chiovini M., *Bullismo e cyberbullismo: un’analisi psico-criminologica. Dal profilo di personalità agli interventi rieducativi*, ISF Magazine, 2019
- Cinelli M., Pelicon A., Mozetič I., Quattrociochi W., Novak P.K., Zollo F., *Dynamics of online hate and misinformation* in *Nature Scientific Reports*, 2021
- Cloward R.A., Ohlin L.E., *Delinquency and Opportunity: A theory of Delinquent Gangs*, 1960, Free Press, New York, NY, U.S.A.; Ed. It. *Teoria delle bande delinquenti in America*; 1968, Laterza, Bari
- Cohen K.A., *Delinquent boys: The culture of gangs*, 1955, Free Press, New York, NY, U.S.A.
- Cuerda Arnau M.L., *Acoso escolar y Derecho Penal de Menores. Estudios sobre la responsabilidad penal del menor*, in *Colecció Estudis Jurídics*, 2006
- Crockett M.J., *Moral outrage in the digital age*, in *Nature Human Behavior*, 2017
- Datesman S. K., Scarpitti F. R., *Female Delinquency and Broken Homes*, in *Criminology*, 1975
- Damasio H., Grabowski T., Frank R., Galaburda A.M., Damasio A.R., *The return of Phineas Gage: clues about the brain from the skull of a famous patient*, in *Science*, 1994
- De La Cuesta Arzamendi J.L., Mayordomo Rodrigo V., *Acoso y derecho penal*, in *Eguzkilore - Cuaderno del Instituto Vasco de Criminologia*, n. 25, 2011
- Doyle McCarthy E., Gersten J.C., Langnert S., *The Behavioral Effects of Father Absence on Children and Their Mothers*, in *Social Behavior and Personality*, 1982

- Farrington D. P., *Integrated developmental and life-course theories of offending*, 2008, Transaction Publishers, New Brunswick, NJ, U.S.A.
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto Penale. Parte speciale. Volume II, tomo primo. I diritti contro la persona*, 2020, Zanichelli, Bologna
- Ghadampour E., Shafiei M., Heidarirad H., *Relationship among Cyberbullying, psychological vulnerability and suicidal thoughts in female and male students*, in *Journal of Research in Psychological Health*, Vol. 11, n. 3, 2017
- Goldstein H.S., *Parental Composition, Supervision and Conduct Problems in Youths 12 to 17 Years old*; *Journal of American Academy of Child Psychiatry*, 1984
- Grifoni P., D'Andrea A., Ferri F., Guzzo T., Felicioni M.A., Vignoli A., *Against Cyberbullying Actions: An Italian Case Study*, in *Sustainability*, vol 13, n. 4, 2021
- Gualco B., Rensi R., Ruocco M., Conti M., *Struttura familiare e comportamenti devianti dei giovani in Italia: uno studio effettuato attraverso il metodo del self-report*; in *Rassegna Italiana di Criminologia*, 2010
- Horsman G., *The challenges surrounding the regulation of anonymous communication provision in the United Kingdom*, in *Computers and Security*, n. 56, 2016
- Huang Y., Chou C., *An analysis of multiple factors of cyberbullying among junior high school students in Taiwan*, in *Computers in Human Behavior*, 2010
- Huang Y., Chou C., *Revisiting cyberbullying: Perspectives from taiwanese teachers* in *Computers & Education*, 2013
- Hutson E., *Cyberbullying in adolescence. A concept analysis*, in *Advances in Nursing Science*, 2016
- Jaishankar K., *Cyber Bullying: Profile and Policy Guidelines*, in Schmallager F., Pittaro M. (a cura di), *Crimes of the Internet*, 2008, Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ
- Jaishankar K., Ronel N., *Global Criminology: Crime and Victimization in a Globalized Era*, CRC Press, Boca Raton, FL, U.S.A.
- Kueny M.T., Zirkel P.A., *An Analysis of School Anti-Bullying Laws in the United States*, *Middle School Journal*, vol. 43, no. 4, 2012
- Lamanuzzi M., *Il "lato oscuro della rete": odio e pornografia non consensuale. Ruolo e responsabilità dei gestori delle piattaforme social oltre la net neutrality*, in *Legislazione penale*, n.2, 2021
- Langos C., *Cyberbullying: The Challenge to Define*, in *Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 2012

- Lapidot-Lefler N., Barak A., *Effects of anonymity, invisibility, and lack of eye-contact on toxic online disinhibition*, in *Computers in human behavior*, vol 28, n. 2, 2012
- Lenroot R.K., Giedd J.N., *Brain development in children and adolescents: insights from anatomical magnetic resonance imaging*, in *Neuroscience & Biobehavioral Reviews*, 2006
- Lipsey M.W., Derzon J.H., *Predictors of violent or serious delinquency in adolescence and early adulthood: A synthesis of longitudinal research*, 1997, Thousand Oaks, CA, U.S.A.
- Loeber R., *Developmental continuity, change, and pathways in male juvenile problem behaviours and delinquency* in Hawkins J.D. (a cura di) *Delinquency and crime: Current theories*, 1996, Cambridge University Press, New York
- Lopez-Meneses E., Vazquez-Cano E., Gonzalez-Zamar M.D., Abad-Segura E., *Socioeconomic Effects in Cyberbullying: Global Research Trends in the Educational Context*, in *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2020.
- Luna B., *Maturation of widely distributed brain function subserves cognitive development*, in *NeuroImage*, 2001
- Madlock P.E., Westerman D., *Hurtful Cyber-Teasing and Violence: Who's Laughing Out Loud?* in *Journal of Interpersonal Violence*, 2011
- Manca G., *Disagio, emarginazione e devianza nel mondo giovanile. Note per una riflessione educativa*, 1999, Bulzoni, Roma
- Marwick A., *Morally Motivated Networked Harassment as Normative Reinforcement*, in *Social Media + Society*, 2021
- Massey C. R., *Hate Speech, Cultural Diversity, and the Foundational Paradigms of Free Expression*, in *UCLA Law Review*, 1992
- Matsuda M.J., *Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story*, in *Michigan Law Review*, 1989
- Minetti M., *Libertà di pensiero e anonimato in rete*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2, 2014
- Moreno Martinez J.A., *Problemática de la violencia escolar: mecanismos jurídicos de protección*, in *La Responsabilidad Civil y su Problemática Actual*, 2007
- Nocentini A., Calmaestra J., Schultze-Krumbholz A., Scheithauer H., *Cyberbullying: Labels, Behaviours and Definition in Three European Countries*, in *Australian Journal of Guidance and Counseling*, 2010
- Norland S., Shover N., Thorton W.E., James J., *Intrafamily Conflict and Delinquency*, in *The Pacific Sociological Review*, 1979

- Olweus D., *Bullying at school: What we know and what we can do*, Blackwell, 1993
- Olweus D., Limber S., Mihalic S., *Bullying Prevention Program*, in Elliott D.S. (a cura di), *Blueprints for Violence Prevention: Book 9*, 1999, University of Colorado, Institute of Behavioral Science, Center for the Study and Prevention of Violence, Boulder, CO, U.S.A.
- Olweus D., *Bully/victim problems in school: knowledge base and an effective intervention program* in Irish Journal of Psychology, 1997
- Panicali C., *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale*, in Responsabilità Civile e Previdenza, fasc. 6, 2017
- Parsons T., *Social Deviance*, 1951, Lippincott, Philadelphia, PA, U.S.A.
- Patchin J.W., Hinduja S., *Bullies Move Beyond the Schoolyard A Preliminary Look at Cyberbullying*, in Youth Violence and Juvenile Justice, 2006
- Patchin J.W., Hinduja S., *Cyberbullying: A review of the legal issues facing educators* in Preventing School Failure: Alternative Education for Children and Youth, 2011
- Pérez Ferrer F., *La respuesta penal al acoso escolar*, in Rivista de Derecho y Educación, 2010
- Peter I., Petermann F., *Cyberbullying: A concept analysis of defining attributes and additional influencing factors* in Computers in Human Behavior, 2018
- Piquero A.R., Hawkins J.D., Kazemian L., Petechuk D., Redondo S., *Serie Especial: Transición desde la Delincuencia juvenil a la Delincuencia Adulta. Patrones de la carrera delictiva; prevalencia, frecuencia, continuidad y desistimiento del delito*, in Revista Española de Investigación Criminológica (Reic), 2013, vol. 1 n. 11
- Poldrack R.A., *Can cognitive processes be inferred from neuroimaging data?*, in Trends in Cognitive Sciences, Vol. 10, n. 2, 2006
- Poletti M., *Sviluppo cerebrale, processi decisionali e psicopatologia in adolescenza*, in Giornale Italiano di Psicopatologia, 2007
- Ponteprino G., *La compatibilità del delitto di adescamento di minorenni con i principi costituzionali*, in Diritto Penale e Processo, n. 4, 2019
- Powell K., *How does the teenage brain work?*, in Nature, 2006
- Quandt T., Festl R., *Cyberhate*, in International Encyclopedia of Media Effects, 2017, Wiley-Blackwell, Hoboken, NJ, U.S.A.
- Redondo Illescas S., Martínez-Catena A., Andrés Pueyo A., *Factores de éxito asociados a los programas de intervención con menores infractores*, in Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 1-191, 2011

- Resta G., *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, n. 2, 2014
- Ruocco M., Sforza A., *Contributo metodologico per lo studio degli effetti della violenza coniugale sui figli adolescenti*, in *Giornale Italiano di Psicopatologia e Psichiatria dell'Infanzia e dell'Adolescenza*, Vol. XI, 2004
- Sapolsky R.M., *The Frontal Cortex and the Criminal Justice System*, in *The Royal Society Philosophical Transactions B*, 2004
- Salvadori I., *L'adescamento di minori, il contrasto al child-grooming tra incriminazione di atti preparatori ed esigenze di garanzia*, 2018, Giappichelli, Torino.
- Schmitt M.N., Vihul L., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, 2017
- Selkie E.M., Fales J.L., Moreno M.A., *Cyberbullying prevalence among us middle and high school-aged adolescents: A systematic review and quality assessment*, in *Journal of Adolescent Health*, 2016
- Slonje R., Smith P.K., Frisé A., *The nature of cyberbullying, and strategies for prevention*, in *Computers in Human Behavior*, 2012
- Slonje R., Smith P.K., Frisé A., *Perceived reasons for the negative impact of cyberbullying and traditional bullying* in *European Journal of Developmental Psychology*, 2016
- Sowell E.R., Peterson B.S., Thompson P.M., Welcome S.E., Henkenius A.L., Toga A.W., *Mapping cortical change across the human life span*, in *Nature Neuroscience*, 2003
- Smith P.K., Mahdavi J., Carvalho M., Tippett N., *An investigation into cyberbullying, its forms, awareness and impact, and the relationship between age and gender in cyberbullying*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2018
- Smith P.K., Mahdavi J., Carvalho M., Fisher S., Russell S., Tippett N., *Cyberbullying: its nature and impact in secondary school pupils* in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2008
- Spitz R., *Il primo anno di vita. Studio Psicoanalitico sullo sviluppo delle relazioni oggettuali*, 1969, Armando Editore, Roma
- Steinberg L., *Risk Taking in Adolescence: What Changes, and Why?* in *Annals of the New York Academy of Sciences*, 2004
- Sticca F., Perren S., *Is Cyberbullying Worse than Traditional Bullying? Examining the Differential Roles of Medium, Publicity, and Anonymity for the Perceived Severity of Bullying* in *Journal of Youth and Adolescence*, 2013

Tokunaga R., *Following you home from school: A critical review and synthesis of research on cyberbullying victimization* in *Computers in Human Behavior*, 2010

Vandebosch H., *Defining cyberbullying: A qualitative research into the perceptions of youngsters*, in *Cyberpsychology & Behavior*, 2008

Vigevani G.E., *Anonimato, responsabilità e trasparenza nel quadro costituzionale italiano*, in Osservatorio AIC, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 1, 2014

Völlink T., Dehue F., Mc Guckin C., *Cyberbullying: from theory to intervention*, 2016, Routledge, New York, NY, U.S.A.

Volokh E., *First Amendment and Related Statutes: Problems, Cases and Policy Arguments*, 2020, settima edizione, Foundation Press, Eagan, MN, U.S.A.

Willard N., *Cyberbullying and Cyberthreats: Responding to the Challenge of Online Social Aggression, Threats, and Distress*, Research Press, 2007

Ybarra M., Mitchell K., *Online aggressor/targets, aggressors, and targets: a comparison of associated youth characteristics*, in *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 2004

Zampieri I., Pellegrini S., Pietrini P., *Neurobiological Correlates of Antisocial Human Behavior*, in D'Aloia A., Errigo M. (a cura di), *Neuroscience and Law*, 2020, Springer, Berlino

Zhuo C., Gongying L., Xiaodong L., Deguo J., Yong X., Hongjun T., Wenqiang W., Xueqin S. *Strategies to solve the reverse inference fallacy in future MRI studies of schizophrenia: a review*, in *Brain Imaging and Behavior*, 2021

Giurisprudenza citata

Corte Cost., n. 96 del 09/04/1981

Cass. Sez. Un., n. 13 del 31/05/2000, "Bove".

Cass. Sez. V n. 4741 del 17/11/2000

Cass. Sez. V, n. 35235 del 13/09/2012

Cass. Sez. V n. 25774 del 23/04/2014

Cass. Sez. I, n. 12761 del 16/04/2014

Cass. Sez. III, n. 11675 del 21/03/2016

Cass. Sez. V, n.16145 del 19/04/2016

Cass. Sez. III, n. 34357 del 13/07/2017

Cass. Sez. V, n. 57503 del 22/12/2017

Cass. Sez. III, n. 32170 del 13/07/2018

Cass. Sez. Un., n. 51815 del 15/11/2018

Cass. Sez. V n. 22049 del 06/07/2020

Cass. Sez. Un., n. 4616 del 09/02/2022

Paul Chambers v DPP, Case n. CO/2350/2011

Sentencia de la Audiencia Provincial Santa Cruz de Tenerife, 18 giugno 2012, n. 127

Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 15 novembre 2013, n. 209

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 14 marzo del 2014, n. 107

CAPITOLO II

DIRITTO DELL'ARBITRATO

(prof.ssa Maria Angela Zumpano)

PRESENTAZIONE

Nell'insegnamento di diritto dell'arbitrato (prof.ssa Maria Angela Zumpano) sono state sviscerate due modalità di gestione di una controversia secondo i principali modelli di tutela alternativi al processo giurisdizionale italiano, attraverso le quali studentesse e studenti frequentanti si sono potuti avvicinare alla dimensione pratica delle soluzioni negoziali delle controversie, ora sotto il versante delle parti, ora sotto il versante degli arbitri e dei mediatori.

La prima modalità di gestione di una lite analizzata attiene alla risoluzione di una controversia attraverso il processo arbitrale. Sulla base degli aspetti teorici esaminati durante le prime lezioni del corso, è stato fornito un caso concreto utilizzato come canovaccio per individuare e condurre attività simulate di svolgimento del procedimento arbitrale, lungo linee tematiche proposte dalla docente e sviluppate con l'ausilio della *tutor*, Avv. Elena Occhipinti: studentesse e studenti hanno lavorato in gruppo, presentando, nel prosieguo del corso, i diversi atti attraverso cui tale procedura si svolge (convenzione di arbitrato; clausola compromissoria; domanda di arbitrato e risposta; verbale di costituzione del collegio arbitrale; lodo arbitrale).

La seconda modalità di gestione di una lite esaminata attiene invece alla risoluzione della controversia attraverso l'istituto della mediazione. Anche in questo caso, studentesse e studenti hanno lavorato confrontando gli aspetti teorici e pratici dell'istituto in questione attraverso l'osservazione di un caso concreto e restituendo poi i risultati del percorso svolto con le modalità già indicate sopra.

I preziosi input forniti dalla docente e dall'Avv. Occhipinti hanno rappresentato la base per una serie di lavori di approfondimento che hanno coinvolto le studentesse e gli studenti frequentanti, i quali, in gruppo, hanno analizzato con la loro guida alcuni esempi di atti propri dei rimedi non giurisdizionali alla risoluzione di controversie aventi ad oggetto diritti disponibili.

L'esperienza ha consentito a studenti e studentesse di cimentarsi nell'applicazione del diritto al caso concreto, nonché nella redazione di elaborati scritti, affinando anche la capacità di lavoro in gruppo.

ELABORATO DEGLI STUDENTI

Giulio Buoncristiani, Benedetta Capriello, Mariarita Matarazzo, Martina Mingolla, Pierpaolo Naso

IL CASO PRATICO

La società Alfa dà in appalto alla società Beta l'esecuzione di opere di straordinaria manutenzione di un condominio. Il contratto di appalto contiene una clausola compromissoria. Tra le opere commissionate a Beta, rientra anche l'impermeabilizzazione del tetto del fabbricato. La società Beta dà in sub-appalto questa lavorazione alla società Gamma, stipulando apposito contratto. La società Beta non provvede al pagamento del corrispettivo concordato in favore della subappaltatrice Gamma. La società Gamma interrompe le lavorazioni in corso e promuove ricorso per decreto ingiuntivo.

Muovendo da questa traccia, gli studenti e le studentesse hanno cominciato col redigere una clausola compromissoria e un compromesso, che costituiscono due modalità con le quali le parti possono decidere di devolvere in arbitrato una controversia tra di loro insorta o prevista, avente ad oggetto diritti disponibili ai sensi dell'articolo 808 c.p.c. La clausola e il compromesso hanno le stesse finalità, tuttavia differiscono tra loro per il *quantum* dell'oggetto devolvibile in arbitrato e per il tempo in cui i due atti vengono redatti. Per quanto riguarda il tempo, il compromesso viene stipulato quando la controversia tra le parti è già insorta, mentre la clausola compromissoria è contenuta già nel contratto che può dare origine alla lite. Per quanto riguarda, invece, l'ambito sul quale queste due modalità incidono, si rileva che la convenzione in forma di compromesso ha un ambito potenzialmente più esteso perché può riguardare sia rapporti contrattuali che extracontrattuali, tuttavia, avrà ad oggetto una controversia la cui entità è più ristretta dal momento che l'oggetto sarà definito dalla lite già in atto. La clausola compromissoria ha un ambito potenziale più ridotto perché la procedura arbitrale, in questo caso, si può scegliere solo per i rapporti di origine contrattuale, ma l'oggetto di devoluzione agli arbitri è più ampio poiché non si conosce, preventivamente, l'oggetto della lite che potrà scaturire dal contratto.

La clausola compromissoria

Le parti convengono inoltre di far decidere tutte le controversie nascenti dal presente contratto da un collegio di tre arbitri rituali iscritti negli albi degli avvocati, dei quali

ciascuna parte ne dovrà nominare uno, il terzo che presiederà il collegio dovrà essere scelto dalle parti d'accordo e in caso di disaccordo dal Presidente del tribunale del luogo dove ha sede l'arbitrato (ai sensi dell'art. 810 c.p.c.). L'arbitrato avrà sede nel luogo in cui dovrà essere realizzata l'opera.

Nel caso in cui la società appaltatrice commissioni lo svolgimento di un'opera ad un'altra società, stipulando un contratto con essa contratto di sub-appalto, anche le future possibili controversie che possono nascere con questa parte, salvo diversa volontà di essa, vengono devolute alla decisione del medesimo collegio arbitrale.

Il collegio arbitrale agirà con obiettività e indipendenza attenendosi alle seguenti disposizioni:

- lo scambio degli atti tra le parti avverrà tramite l'utilizzo di PEC;*
- il lodo dovrà essere pronunciato nel termine di 240 giorni dal giorno in cui viene instaurata la controversia davanti agli arbitri;*
- la lingua del procedimento sarà scelta dagli arbitri di comune accordo;*
- il collegio arbitrale deciderà secondo le norme di diritto dell'ordinamento italiano.*

Il compromesso

I sottoscritti società Beta e società Gamma, premesso che tra loro è insorta controversia avente ad oggetto l'esecuzione di opere di straordinaria manutenzione di un condominio in virtù del contratto di subappalto, le medesime parti convengono di deferire tale controversia alla decisione di 3 arbitri da nominarsi in conformità al Regolamento della Camera Arbitrale di Milano, che le parti espressamente dichiarano di conoscere e accettare. L'arbitrato sarà rituale e gli arbitri decideranno secondo diritto. L'arbitrato ha sede a Milano.

LA PROCEDURA DI ARBITRATO

Successivamente, si è proceduto a stendere il primo atto con cui le parti si rivolgono all'organo arbitrale, che può essere costituito da più arbitri, ossia un collegio arbitrale, ovvero da un unico arbitro. L'atto in questione è la domanda di arbitrato.

La domanda di arbitrato

La società Alfa C. F. e P.IVA n. < _____ > con sede in < _____ > Via < _____ > n. < ___ >, in seguito alla stipula del contratto di appalto con la società Beta, C. F. e P.IVA n. < _____ > con sede in < _____ > Via < _____ > n. < ___ >, contenente la seguente clausola compromissoria:

«Le parti convengono inoltre di far decidere tutte le controversie nascenti dal presente contratto da un collegio di tre arbitri rituali iscritti negli albi degli avvocati, dei quali ciascuna parte ne dovrà nominare uno, il terzo che presiederà il collegio dovrà essere scelto dalle parti d'accordo e in caso di disaccordo dal Presidente del tribunale del luogo dove ha sede l'arbitrato (ai sensi dell'art. 810 c.p.c.). L'arbitrato avrà sede nel

luogo in cui dovrà essere realizzata l'opera. - Nel caso in cui la società appaltatrice commissioni lo svolgimento di un'opera ad un'altra società, stipulando un contratto con essa contratto di sub-appalto, anche le future possibili controversie che possono nascere con questa parte, salvo diversa volontà di essa, vengono devolute alla decisione del medesimo collegio arbitrale. - Il collegio arbitrale agirà con obiettività e indipendenza attenendosi alle seguenti disposizioni: lo scambio degli atti tra le parti avverrà tramite l'utilizzo di PEC; il lodo dovrà essere pronunciato nel termine di 240 giorni dal giorno in cui viene instaurata la controversia davanti agli arbitri; la lingua del procedimento sarà scelta dagli arbitri di comune accordo; il collegio arbitrale deciderà secondo le norme di diritto dell'ordinamento italiano»

ai sensi di detta clausola, la società Alfa notifica alla società Beta la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale per l'accoglimento da parte del Collegio Arbitrale delle seguenti richieste:

- condannare la società Beta all'adempimento in merito all'esecuzione di opere di straordinaria manutenzione del condominio X.

- condannare la società Beta al risarcimento dei danni dovuti al ritardo nell'esecuzione dell'opera e alle spese, diritti ed onorari del presente giudizio arbitrale.

A tale scopo nomina proprio arbitro l'avvocato Tizio iscritto all'Ordine degli avvocati di Pisa e invita la società Beta a designare un arbitro di sua fiducia nel termine di 20 giorni previsto dall'articolo 810 c.p.c.

Luogo < _____ >, data < _____ >

Firma < _____ >

A seguito della domanda, è stata formulata una ipotesi di risposta della controparte convenuta nel procedimento arbitrale.

La risposta di arbitrato

La società Beta, C. F. e P.IVA n. < _____ > con sede in < _____ > Via < _____ > n. < ___ >, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, signor < _____ > nato a < _____ > in data < _____ >, domiciliato per la carica presso la sede legale, rappresentata e difesa nel presente giudizio in forza di procura alle liti in calce al presente atto, dall'Avv. < _____ > del Foro di < _____ > ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in < _____ > via < _____ > n. < ___ >,

PREMESSO

- che la società Alfa in data < _____ > notificava a Beta atto avente ad oggetto la contestazione dei lavori di impermeabilizzazione del tetto, nello specifico eseguiti dalla società Gamma perché non realizzati a regola d'arte e che quest'ultima il giorno seguente provvedeva ad informare di ciò Gamma tramite raccomandata A/R;

- che Beta ha diritto di regresso vs Gamma relativamente alle pretese avanzate da Alfa;

- che in data < _____ > Gamma procedeva contro Beta con decreto ingiuntivo finalizzato ad ottenere

il corrispettivo in origine pattuito per la realizzazione dei lavori di impermeabilizzazione del tetto del fabbricato del Condominio X;

- che la società Beta ad oggi non ha ancora provveduto ad accettazione dei sopra indicati lavori e lo stesso dicasi per la società Alfa;
 - che i vizi dell'opera mal eseguita da parte di Gamma non erano conosciuti o riconoscibili da Beta;
- che il contratto stipulato tra le parti all'art. < ____ > contiene la seguente clausola compromissoria che integralmente si trascrive < _____ >;
- che la società Gamma, con domanda di arbitrato notificata in data < _____ > ha attivato nei confronti di Beta la procedura arbitrale prevista all'interno del contratto;
 - che contrariamente a quanto affermato da Gamma i lavori non sono stati eseguiti come pattuito nel contratto e come dimostrato da CTU tecnica che si allega alla presente;
 - che si segnala fin da ora, con riserva di ampliare ed integrare ogni deduzione in proposito, il comportamento che ha provocato la non conformità dei lavori a quelli pattuiti < _____ >

CHIEDE

che l'Ill.mo Collegio arbitrale, alla luce dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, decida la controversia insorta tra le parti e, con espressa richiesta di ulteriori precisazioni, integrazioni e modifiche, a tal fine, propone i seguenti

QUESITI

- 1) voglia l'Ill.mo Collegio arbitrale accogliere le richieste della società Beta:
 - che la società Gamma provveda a realizzare i lavori pattuiti a regola d'arte e a proprie spese senza ulteriori costi o aggravii per Beta e con conseguente eliminazione dei vizi dell'opera così posta in essere;
 - in via riconvenzionale, riconoscendo il diritto di regresso di Beta vs. Gamma, condannare Gamma al risarcimento dei danni, che si quantificano in complessivi € _____, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria o in quella minor somma che risulta dovuta secondo giustizia e/o equità, subiti dall'opponente a causa della realizzazione dei lavori di impermeabilizzazione del tetto del fabbricato del Condominio X non a regola d'arte e dei conseguenti costi necessari per rimediare ai vizi degli stessi;
 - che Beta venga manlevata da qualsiasi forma di risarcimento danni e/o responsabilità nei confronti di Alfa

per cause non imputabili in alcun modo alla medesima bensì a Gamma;

 - il pagamento da parte di Gamma della penale pattuita nel contratto di sub appalto per ogni giorno di ritardo nell'adempimento della prestazione;
 - che venga rigettata la richiesta di pagamento avanzata da Gamma vs Beta, in quanto al momento non dovuta;
 - che venga rigettata la richiesta di risarcimento danni avanzata da Alfa in quanto il ritardo nell'adempimento della controprestazione è dipeso solo ed esclusivamente dalla negligenza ed imperizia di Gamma, pertanto non imputabile in alcun modo a Beta;
 - che venga accolta l'opposizione al decreto ingiuntivo proposto da Gamma vs Beta perché infondato;
- 2) voglia l'Ill.mo Collegio arbitrale accertare e dichiarare i lavori di impermeabilizzazione del tetto del fabbricato X realizzati da Gamma non conformi perché non a regola d'arte;

3) voglia l'Ill.mo Collegio arbitrale condannare Gamma a pagare in favore di Beta le spese, competenze ed onorari del presente procedimento, nonché le spese, competenze ed onorari del Collegio arbitrale;

4) in via istruttoria, fatta salva ogni più ampia attività sia testimoniale che documentale, si chiede fin da ora

che l'Ill.mo Collegio arbitrale voglia disporre perizia tecnica atta a comprovare la cattiva esecuzione dei lavori in oggetto;

Con riserva di integrare e modificare le proprie conclusioni, di sottoporre al Collegio arbitrale richieste istruttorie e quant'altro necessario per il buon fine della procedura con l'accoglimento delle conclusioni precisate e precisande.

Con riserva di adire per quanto di competenza, l'Autorità Giudiziaria.

Tutto ciò premesso ed esposto, richiesto e formulato, Beta, come in atti rappresentata ed assistita, con il presente atto, notificato a anche a Gamma

NOMINA

come arbitro l'Avv. < _____ > con studio in < _____ > del Foro di < _____ >

INVITA

i due arbitri così nominati a nominare, entro e non oltre 20 giorni dalla notifica del presente atto, il terzo arbitro con funzioni di Presidente del Collegio Arbitrale, con avvertimento che in difetto si ricorrerà al Presidente del Tribunale di < _____ > per i provvedimenti di sua competenza ai sensi della clausola arbitrale e ai sensi degli articoli 810 e seguenti del codice di procedura civile.

Luogo < _____ >, data < _____ >

Firma < _____ >

Redatta la DOMANDA DI ARBITRATO, elaborata la relativa RISPOSTA, si è proceduto a stendere il VERBALE DI COSTITUZIONE DELL'ORGANO ARBITRALE, tenendo conto che può trattarsi di un Collegio di arbitri ma è anche possibile che la controversia sia risolta da un unico arbitro e in tal caso si tratterà di un VERBALE DI COSTITUZIONE DELL' ARBITRO UNICO. Sono stati perciò elaborati due verbali diversi.

Verbale di costituzione del collegio arbitrale

Verbale di costituzione del collegio arbitrale per la risoluzione della controversia insorta in relazione al contratto di appalto del 22/09/2020 tra società Alpha così come allegato, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in Pisa alla via di Pratale 18 e società Beta, in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Firenze alla via Oberdan 21.

L'anno 2021 il giorno 10 del mese di ottobre, alle ore 9:00, in Pisa alla via Matteucci presso lo studio legale dell'avv. Rossi, si sono riuniti i signori:

Avv. Rossi (nato a Pisa il 15 maggio del 1960, CF...)

Avv. Verdi (nato a Firenze il 29 luglio del 1970, CF...)

È pure presente il sig. Avv. Bianchi (nato a Viareggio il 14 gennaio del 1965, CF ...) designato quale terzo arbitro con funzioni di presidente del collegio.

Con domanda di arbitrato notificata il 2 ottobre, la società Alpha comunicava alla società Beta la nomina del proprio arbitro sig. Avv. Rossi, invitandola a procedere alla designazione dell'arbitro di parte nel termine di venti giorni. La società Beta in data 6 ottobre comunicava alla società Alpha la nomina del proprio arbitro, sig. Avv. Verdi. I due arbitri designati hanno concordato sul nome dell'avv. Bianchi, designandolo quale terzo arbitro con funzioni di Presidente del costituendo collegio.

TUTTO CIÒ PREMESSO E RITENUTO

ai sensi dell'art. 813 c.p.c., i tre arbitri, come sopra nominati, riuniti a Pisa, giorno ed ora su indicati, con il presente atto dichiarano di accettare l'incarico, non trovandosi nelle condizioni ostative previste dall'art. 812 c.p.c. e, quindi, di costituirsi in Collegio arbitrale per la risoluzione della controversia de qua, demandando al presidente del Collegio arbitrale, nominato nella persona dell'avv. Bianchi, che accetta l'incarico e viene immesso nelle funzioni, di comunicare il presente atto alle parti tramite Pec.

Il collegio arbitrale così costituito, ai sensi dell'art. 816 c.p.c., dispone quanto segue:

- a) stabilisce la propria sede in Pisa presso lo studio legale del presidente del collegio, avv. Bianchi;*
- b) assegna alle parti termine perentorio fino alle ore 19:00 del 25 ottobre del 2021, per il deposito di memorie di replica contenenti precisazioni delle domande, delle eccezioni e delle conclusioni già proposte, facultando la produzione di ulteriori documenti e la formulazione di nuove richieste istruttorie;*
- c) assegna alle parti il termine perentorio fino alle ore 19:00 del 30 ottobre, per il deposito di ulteriori memorie di replica, esclusa la produzione di documenti e la formulazione di richieste istruttorie;*
- d) ogni comunicazione del collegio dovrà essere effettuata tramite Pec, che verrà inviata presso i difensori delle parti;*
- e) il collegio fissa per la discussione l'udienza del 3 novembre.*

Letto, confermato, sottoscritto.

Firme < _____ > < _____ > < _____ >

Verbale di costituzione dell'arbitro unico

Per la risoluzione della controversia insorta tra la società Gamma, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, con sede in Pisa alla via Garibaldi n. 7 e la società Beta, in persona in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede legale in Pisa alla via Crispi n. 35.

L'anno 2021, il giorno 18 ottobre alle ore 10:00 in Pisa in Via Matteucci 21, presso lo studio dell'avvocato X incaricato di decidere l'arbitrato, viene redatto il presente verbale di costituzione dell'organo.

PREMESSO CHE

- a seguito del contratto di subappalto stipulato con la società Beta in data 11/10/2020, la società Gamma ha avviato i lavori di impermeabilizzazione del tetto del fabbricato;*
- la società Beta si è rifiutata di pagare il corrispettivo concordato contestando irregolarità nell'esecuzione;*
- la società Gamma ha ottenuto contro la società Beta decreto ingiuntivo, nei riguardi del quale la società Beta ha proposto opposizione;*

- con convenzione arbitrale stipulata in data 10/09/2021 le parti hanno convenuto che la controversia tra loro insorta fosse decisa da un arbitro unico individuato di comune accordo tra esse.

La società Gamma notificava alla società Beta la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, per vedere la stessa condannata al pagamento del corrispettivo originariamente pattuito e al risarcimento del danno subito per il ritardo nell'adempimento. A tale scopo proponeva come arbitro l'avvocato X e invitava la società Beta ad effettuare la propria proposta in modo da consentire la nomina dell'arbitro che deciderà la controversia.

La controparte Società BETA concordava sulla nomina dell'avv. X come arbitro unico e chiedeva:

che l'Ill.mo arbitro, alla luce dei mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, decidesse la controversia insorta tra le parti, con espressa richiesta di ulteriori precisazioni, integrazioni e modifiche e, a tal fine, proponendo i seguenti quesiti [...]

TUTTO CIO' PREMESSO E RITENUTO

Ai sensi dell'art. 813 c.p.c., l'arbitro come sovranominato, nel luogo giorno e ora su indicati con il presente atto dichiara di accettare l'incarico, non trovandosi nelle condizioni ostative previste dall'art. 812 c.p.c..

L'organo arbitrale così costituito, ai sensi dell'art. 816 c.p.c. dispone quanto segue:

- la sede dell'arbitrato sarà in Pisa, alla via Matteucci 21 presso lo studio legale dell'avvocato X;

- la decisione avverrà secondo le disposizioni di legge presenti nel codice di procedura civile;

- assegna alle parti il termine perentorio fino alle ore 20 del giorno 3 novembre 2021 per il deposito di memorie di replica contenenti precisazioni delle domande, eccezioni e conclusioni già proposte, nonché la formulazione di nuove richieste istruttorie;

- assegna alle parti termine perentorio fino alle ore 20 del 18 novembre per il deposito di ulteriori memorie di replica, senza la facoltà di produrre altri documenti o di formulare nuove richieste istruttorie;

- fissa per il giorno 2 dicembre 2021, presso la sede dell'arbitrato, l'udienza per la comparizione delle parti e per la discussione della causa.

Gli atti, le memorie e i documenti da produrre dovranno essere depositati nei giorni non festivi presso la sede dell'arbitrato. Ogni comunicazione all'organo arbitrale dovrà essere effettuata tramite raccomandata AR.

L'arbitro unico, Avv. X

Pisa, 18 ottobre 2021

Al termine del processo arbitrale, il collegio arbitrale o l'arbitro unico sono tenuti a decidere la controversia. Lo strumento decisorio utilizzato nell'arbitrato è il lodo, diverso dalla sentenza ma idoneo a produrre gli effetti della sentenza giudiziale. L'esercitazione relativa all'arbitrato è perciò terminata con la redazione di un atto in forma di lodo.

Lodo arbitrale in arbitrato rituale

L'arbitro unico Tizio

Nel giorno 10 giugno 2021 alle ore 15.00 ha pronunciato il seguente

LODO

nella controversia arbitrale rituale tra:

Società Gamma <_____> , rappresentata e difesa dall'Avv. Caio <_____>

E

Società Beta <_____>, rappresentata e difesa dall'Avv. Mevio <_____>

avente ad oggetto:

il pagamento del corrispettivo e il risarcimento del danno subito per il ritardo nell'adempimento della controprestazione, in virtù del contratto di subappalto stipulato tra le parti in data 20 settembre 2020 per i lavori di impermeabilizzazione del tetto del fabbricato x.

FATTI DI CAUSA

Con contratto stipulato in data 11 ottobre 2020 la Soc. Beta e la Soc. Gamma convennero quanto segue: la società Beta, incaricata dalla società Alfa dei lavori di straordinaria manutenzione e di ristrutturazione del fabbricato x, subappalta, su autorizzazione della committente, alla società Gamma l'esecuzione dei lavori di impermeabilizzazione del tetto del suddetto fabbricato.

La società Alfa in data 8/01/2021 notificava alla società Beta l'atto avente ad oggetto la contestazione dei lavori di impermeabilizzazione del tetto, affidati alla società Gamma, perché non realizzati a regola d'arte e la società Beta, il giorno seguente 9/01/2021, provvedeva a informare di ciò la società Gamma a mezzo PEC.

In data 15/01/2021, la società Gamma procedeva contro la società Beta con procedimento per decreto ingiuntivo finalizzato ad ottenere il pagamento del corrispettivo originariamente pattuito per la realizzazione dei lavori di impermeabilizzazione del tetto.

Poiché tra le suddette parti, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo, è insorta controversia circa i fatti di cui sopra, la soluzione della controversia, in ottemperanza del compromesso stipulato tra la società Beta e la società Gamma in data 10 settembre 2021, è stata rimessa in arbitrato ad arbitro unico Avv. Tizio, a cui è stata attribuita la facoltà di decidere secondo diritto. La sede dell'arbitrato è stata stabilita dalle parti a Pisa.

QUESITI

La Soc. Gamma ha formulato all'Arbitro i seguenti quesiti:

- condannare Beta al pagamento del corrispettivo originariamente pattuito e al risarcimento del danno subito a seguito del ritardo nel pagamento.

Mentre la Soc. Beta ha formulato all'Arbitro i seguenti quesiti:

- accertare e dichiarare i lavori di impermeabilizzazione del tetto del fabbricato X realizzati da Gamma non conformi perché non a regola d'arte;

- ordinare alla società Gamma di realizzare i lavori pattuiti a regola d'arte e a proprie spese, senza ulteriori costi o aggravii per Beta e con conseguente eliminazione dei vizi dell'opera posta in essere;

- in via riconvenzionale, ordinare il risarcimento dei danni, che si quantificano in complessivi €100.000, oltre ad interessi e rivalutazione monetaria o in quella minor somma che risulta dovuta secondo giustizia e/o equità, subiti dall'opponente a causa della realizzazione dei lavori di impermeabilizzazione del tetto del fabbricato del

Condominio X non a regola d'arte e dei conseguenti costi necessari per rimediare ai vizi degli stessi;

- rigettare la richiesta di pagamento avanzata da Gamma vs Beta, in quanto al momento non dovuta;

- rigettare la richiesta di risarcimento danni avanzata da Gamma in quanto il ritardo nel pagamento è dipeso solo ed esclusivamente dalla negligenza ed imperizia di quest'ultima, pertanto non è imputabile in alcun modo a Beta;

- condannare Gamma a pagare in favore di Beta le spese, competenze ed onorari del presente procedimento, nonché le spese, competenze ed onorari dell'organo arbitrale;

- in via istruttoria, fatta salva ogni più ampia attività sia testimoniale che documentale, si chiede fin da ora che l'Ill.mo Arbitro Unico voglia disporre perizia tecnica atta a comprovare la cattiva esecuzione dei lavori in oggetto;

- con riserva di integrare e modificare le proprie conclusioni, di sottoporre all'Arbitro Unico richieste istruttorie e quant'altro necessario per il buon fine della procedura con l'accoglimento delle conclusioni precisate e precisande.

- con riserva di adire, per quanto di competenza, l'Autorità Giudiziaria.

Nel corso del procedimento le parti hanno presentato memorie, documenti e repliche.

L'Arbitro Unico ha sentito le parti personalmente e le ha invitate, senza esito, a conciliarsi.

ISTRUTTORIA

Con perizia svolta dall'ingegnere Rossi in data 31 Marzo 2021, nominato dall'Arbitro su istanza di Beta, è stato rilevato che l'esecuzione dei lavori è iniziata in ritardo, sono stati usati materiali diversi da quelli concordati, che hanno provocato infiltrazioni d'acqua dal soffitto del fabbricato x, causando un danno all'appartamento sottostante del Signor Verdi.

In data 7 Aprile 2021 lo stesso Verdi è stato chiamato a testimoniare in merito alle infiltrazioni suddette.

In data 20 Aprile 2021 Gamma ha depositato perizia svolta dall'ingegnere Gialli, da cui si rileva che le infiltrazioni non sono da imputare ai materiali usati dalla società Gamma per l'esecuzione dei lavori.

In data 27 Aprile 2021, la società Gamma ha chiamato a testimoniare il Sig. Paolo Rossi, in quanto fornitore dei materiali concordati per l'esecuzione dei lavori, il quale ha sostenuto l'adeguata qualità dei materiali rispetto agli standard richiesti nella realizzazione di simili opere edilizie.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Valutate le richieste e le risultanze istruttorie delle prove allegiate dalle parti, l'arbitro accerta che la società Gamma ha eseguito in ritardo l'opera, che non sono stati utilizzati i materiali pattuiti e che a causa di ciò si è verificata l'infiltrazione come emerso nella perizia effettuata dall'ingegnere Rossi incaricato dall'Arbitro.

P.Q.M.

L'arbitro accoglie tutte le richieste avanzate dalla società Beta e condanna la convenuta Gamma al pagamento del corrispettivo pattuito nel contratto di appalto stipulato fra le due società in data 11 ottobre 2020 e al risarcimento del danno derivato dalla cattiva esecuzione dell'opera per l'importo pari a €70.000.

L'arbitro liquida inoltre le spese e il proprio compenso come segue:

- all'Arbitro Avv. Tizio €10.000

- al Segretario Dott. Sempronio €3.000

e quindi complessivamente € 13.000 ponendole a carico della società Gamma.

Così deciso a Pisa presso lo studio dell'Avv. Tizio in data 10 Giugno 2021 e sottoscritto dall'Arbitro Unico Avvocato Tizio

In data 10 Giugno 2021,

L'arbitro unico, Avv. Tizio < _____ >

LA PROCEDURA DI MEDIAZIONE

Come già riportato in apertura, oltre alla modalità di risoluzione della controversia attraverso il processo arbitrale, studenti e studentesse si sono dedicati ad un altro istituto, quello della mediazione, come strumento volto a raggiungere un accordo amichevole per la composizione di una lite.

La mediazione è una procedura che si attiva mediante il deposito di un'istanza presso un organismo che sia collocato nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia, *ex art. 4 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.*

A lezione è stato illustrato un caso, per vedere come attraverso le tecniche adoperate dai mediatori professionisti si possa raggiungere una soluzione conciliata.

Il caso trattato riguarda due coniugi, Tizio e Caia, in lite con una società finanziaria. In particolare: Tizio si vede addebitato sul conto corrente la trattenuta di una somma che scopre essere l'attivazione di un finanziamento per l'acquisto di un'auto, ma Tizio si era rivolto alla concessionaria soltanto per richiedere un preventivo. L'autovettura non è mai stata ritirata dai coniugi, era stata ulteriormente venduta, inoltre Tizio aveva acquistato un'altra autovettura dal fratello.

Sulla base di questo caso è stata scritta la domanda per avviare la procedura di mediazione.

Domanda di mediazione

All'organismo di mediazione della camera di commercio di Pisa, accreditato al registro degli organismi di mediazione del Ministero della Giustizia, al n. X, con sede in Piazza Vittorio Emanuele.

I sottoscritti coniugi Tizio e Caia, nati il < _____ >, residenti a < _____ >, chiedono di avviare un procedimento di mediazione al fine di conciliare la seguente controversia con la concessionaria Y (dati concessionaria) e con la società finanziaria Z (dati finanziaria).

Fatti: a Tizio in data (...) è stata addebitata sul conto corrente la trattenuta di una somma che ha poi scoperto essere l'attivazione di un finanziamento per l'acquisto di una autovettura; da accertamenti richiesti alla propria banca emerge che presso la concessionaria Y risulta sottoscritto e attivato un finanziamento per l'acquisto di una autovettura. L'acquisto non è stato fatto da Tizio, che nella data (...) risultante dal contratto di finanziamento si era sì rivolto alla concessionaria, ma solo per avere un preventivo: in questa occasione Tizio aveva sottoscritto distrattamente dei moduli fornitigli dal dipendente della concessionaria, sulla base dei quali è stata poi avviata la procedura di finanziamento. Sul contratto risultava, inoltre, la firma della moglie Caia, firma apocrifa, perché in quel momento la donna si trovava a lavoro.

L'autovettura non è mai stata ritirata, anzi era stata ulteriormente venduta, così come si evince da P.R.A. e per di più Tizio aveva acquistato un'altra autovettura dal fratello, a dimostrazione della inconsapevolezza della sottoscrizione del contratto di compravendita con la concessionaria Y e del contratto di finanziamento con la finanziaria Z.

Sulla base delle seguenti ragioni:

- falsità della firma di Caia;*
 - mancato adempimento degli obblighi informativi da parte del dipendente della concessionaria;*
 - successiva vendita dell'autovettura da parte della concessionaria a terzi;*
 - mancato interesse all'acquisto di quella autovettura come si evince anche dall'acquisto da parte dei coniugi di un altro veicolo dal fratello di Tizio;*
- i coniugi Tizio e Caia pretendono di annullare il contratto di acquisto e il relativo finanziamento.*

Fanno istanza di mediazione presso l'Organismo della Camera di commercio di Pisa e chiedono la fissazione della data di primo incontro davanti al mediatore con la concessionaria Y e la finanziaria Z.

CAPITOLO III

DIRITTO DEL LAVORO

(prof. Raffaele Galardi)

DIRITTO DEL LAVORO E DELLE NUOVE TECNOLOGIE

(prof. Simone D'Ascola e prof. Raffaele Galardi)

PRESENTAZIONE

Nell'ambito del progetto di didattica speciale Simulab, nell'autunno 2021 abbiamo unificato le classi dei nostri corsi (*Diritto del lavoro* nel Corso di laurea triennale Dilpa e *Diritto del lavoro e nuove tecnologie* nel Corso di laurea magistrale in Diritto dell'innovazione per l'impresa e le istituzioni) per svolgere alcune attività comuni e partecipative. Si è trattato di esperienze di didattica non tradizionale e trasmissiva in cui gli studenti si sono messi alla prova in prima persona.

In particolare, vogliamo dare conto in questa sede di una delle attività, ossia la simulazione processuale realizzata mercoledì 24 novembre 2021 in una lezione congiunta di quattro ore.

Qualche settimana prima della lezione abbiamo sottoposto agli studenti un caso concreto relativo al rapporto di lavoro di un *rider* e frutto della nostra fantasia. La vicenda descritta in questo testo ben si prestava a essere oggetto di un potenziale contenzioso e risultava ricca di elementi interessanti e di esche idonee a stimolare l'argomentazione giuridica.

Abbiamo diviso gli studenti in tre gruppi e, al momento di consegnare loro il testo del caso, abbiamo invitato un gruppo ad assumere la difesa del lavoratore, un altro gruppo ad assumere quella della società datrice di lavoro e il terzo a ricoprire il ruolo del giudice.

Con il prezioso aiuto della *tutor*, dott.ssa Alessia Matteoni, ciascun gruppo ha così preparato una bozza di elaborato scritto in vista della simulazione in aula del contenzioso giudiziario: un ricorso *ex art. 414 c.p.c.* in difesa del lavoratore, una memoria di costituzione e difensiva nell'interesse della società datrice e, infine, una sentenza. La prima stesura, realizzata prima della lezione, era provvisoria.

Si è poi svolta in aula la discussione, sulla falsa riga di una vera e propria udienza, con repliche e contro-repliche, cui è seguito un breve ritiro in camera di consiglio da parte degli studenti giudicanti e, infine, l'esposizione del verdetto con le relative motivazioni.

Successivamente, gli studenti hanno predisposto la versione definitiva dei loro elaborati scritti. Siamo rimasti particolarmente soddisfatti del lavoro svolto da tutti gli studenti che hanno partecipato, i cui nominativi figurano alla fine di ciascun elaborato. Di seguito riportiamo dunque il testo del caso proposto e i tre atti realizzati dagli studenti.

Prima di concludere queste poche righe, ci teniamo anche a segnalare che il 24 novembre 2021, in concomitanza con la nostra lezione, ci ha raggiunti a Pisa una *troupe* incaricata di realizzare un video-documentario relativo a un progetto di ricerca al quale abbiamo preso parte, nella seconda metà del 2021, unitamente a due unità delle Università di Foggia e Bari.

Nel corso di questo progetto la nostra unità pisana si è occupata proprio del lavoro dei *riders*. Abbiamo perciò colto l'occasione per invitare la *troupe* a riprendere anche qualche momento della lezione speciale di quel giorno, come si può vedere all'interno del documentario definitivo nel frattempo pubblicato sul web (v. i minuti da 23.08 a 23.43 del seguente video: <https://www.youtube.com/watch?v=fI3x7SZ62UQ>).

CASO PER LEZIONE (24 novembre 2021)

Dalla primavera del 2019 Tizio svolge attività di ciclofattorino in favore della Società Alfa che opera nel settore delle consegne per conto di partner convenzionati o non convenzionati.

La società Alfa ha come attività principale la gestione di un sito *Web* che mette in relazione utenti (consumatori) ed esercizi locali (per lo più ristoratori) al fine di consentire ai consumatori di acquistare documenti e beni di prima necessità presso esercizi locali convenzionati in ambito urbano ed extraurbano per il tramite della piattaforma e di ricevere al proprio domicilio i beni acquistati.

Mentre, come attività accessoria alla principale, la società si occupa dell'attività di consegna ai consumatori.

Alfa, in particolare, svolge la propria attività di consegna attraverso una piattaforma digitale, il cui algoritmo, sulla base di previsioni statistiche, calcola il fabbisogno di manodopera necessario per soddisfare la domanda dell'utenza di una determinata area e in una determinata fascia oraria, provvedendo a gestire il complesso sistema di pianificazione, distribuzione e gestione dei flussi di lavoro tra i rider.

I rider per poter svolgere la propria attività devono – previa registrazione sulla piattaforma – installare sul proprio smartphone un software (applicazione) fornito dalla società che genera un profilo personalizzato tramite il quale accedono alla piattaforma digitale

L'applicativo fornisce ai rider tutte le indicazioni necessarie per tutta la durata della prestazione, anche in ordine ai c.d. “punti caldi” (identificati nelle zone vicine ai locali di catene di fast food) ovvero i luoghi dove si consiglia di recarsi per ricevere il maggior numero di ordini.

I rider sono quindi tenuti a monitorare lo smartphone collocato sul manubrio della bicicletta al fine di visualizzare in tempo reale l'arrivo di un ordine, i tempi di consegna e il percorso in base al quale verrà calcolata la remunerazione della prestazione.

A tale scopo la società fornisce al rider un porta smartphone da collocare sul manubrio le cui caratteristiche tecniche consentono di averlo “sempre in vista” e di poterlo utilizzare “senza doverlo estrarre”, come consigliato dalla stessa società.

In occasione dell'avvio del rapporto contrattuale, la società consegna ai rider anche una borsa termica con il logo dell'azienda, un power bank (ovverosia una batteria esterna di ricarica del cellulare) e un manuale comportamentale che indica le istruzioni da seguire per ogni fase dell'esecuzione della prestazione.

Il raggiungimento del numero di rider predeterminato dall'algoritmo per ogni sessione di lavoro, viene ottenuto attraverso uno scaglionamento nel tempo della facoltà di prenotare i turni di lavoro.

I rider, a seconda del giudizio di produttività loro riconosciuto, accedono a distinte fasce orarie di prenotazione e man mano saturano i turni lavorativi rendendoli indisponibili agli altri rider che il sistema considera meno produttivi.

Il rider, infatti, attraverso il sistema di prenotazione, viene periodicamente valutato (c.d. punteggio di eccellenza) sulla base dei seguenti parametri:

- attività in c.d. "alta domanda" del partner convenzionato;
- efficienza;
- feedback dell'utente;
- esperienza;
- feedback dei partner.

Di conseguenza, il punteggio del rider diminuisce quando:

- riceve una valutazione negativa (riguardo un comportamento non professionale o un ordine trasportato in maniera errata) da un partner/cliente;
- quando non effettua il check-in o lo fa in ritardo;
- quando risulta al di fuori della mappa della città o la connessione del telefono non funziona correttamente.

Per la cancellazione della prenotazione della sessione di lavoro la società richiede il rispetto di un termine di preavviso di tre ore. Il mancato rispetto di tale termine incide negativamente sul punteggio di eccellenza.

Il rider deve quindi prenotare la sessione di lavoro (c.d. slot) con giorno e orario in cui intende prestare la propria attività, recarsi nella zona di lavoro, ed effettuare il c.d. check-in (il collegamento alla piattaforma 15 minuti prima dell'inizio della sessione) rendendosi in tal modo geolocalizzabile nell'area di lavoro.

In caso di mancato check-in, il sistema sollecita il rider con una notifica sullo smartphone che lo avvisa dell'approssimarsi dell'inizio della sessione e, perdurando l'inerzia, lo sanziona con la perdita di punteggio.

L'applicativo installato sullo smartphone, oltre a geolocalizzare il rider, indica anche il livello di carica della batteria dello smartphone, inibendo l'accesso alla sessione di lavoro in caso di ricarica inferiore al 20%.

Ogni ordine arriva in automatico al rider che, avendo effettuato il check in, sia presente nell'area di lavoro e fino alla sua esecuzione non consente la ricezione un nuovo ordine.

Come anticipato, il software segnala al rider il percorso ritenuto ottimale, utilizzato dalla società per il calcolo della tariffa chilometrica.

Durante il primo periodo di emergenza pandemica, Tizio, dopo aver denunciato le precarie condizioni di lavoro nelle quali i rider si trovavano costretti a operare, si è rivolto alla società chiedendo che gli venissero consegnati i dispositivi di protezione individuale quali mascherine protettive, guanti monouso, gel disinfettanti e prodotti a base alcolica per la pulizia della borsa termica, in misura sufficiente a far fronte al numero rilevante di consegne settimanali. La società ha tardato nella consegna.

Il giorno 13 ottobre 2021 Alfa comunica a Tizio – con un messaggio nella piattaforma – che «dal prossimo 15 ottobre, in base al Dpcm del 12 ottobre 2021, sarà necessario avere il green pass per effettuare attività con la piattaforma».

Tizio risponde con un messaggio in cui afferma «così non posso più lavorare». Dal 15 ottobre 2021 Tizio non riesce più a prenotare alcuno slot per svolgere la prestazione.

Si fa presente che Tizio ha stipulato con Alfa un contratto “prestazione d’opera”, aprendo partita iva, come richiesto dalla società.

ELABORATO DEGLI STUDENTI: RICORSO EX ART. 414 C.P.C.

L'atto è frutto del lavoro congiunto di Elisa Lazzini, Eleonora Fiaschi, Roberto Parente, Giuseppe Cittarella, Svetlana Mezina, Giuseppe Mazzara, Alessandro Chiaberge

TRIBUNALE
Sezione del Lavoro

RICORSO *EX* ART. 414 c.p.c.
nell'interesse di Tizio
CONTRO

la società Alfa S.r.l., in persona del Presidente, Amministratore Delegato e legale rappresentante pro tempore, resistente

IN FATTO

Tizio (Ricorrente) dalla primavera del 2019 svolgeva attività di ciclo fattorino in favore della Società Alfa S.r.l (Resistente), società che opera, tuttora, nel settore delle consegne per conto di partner convenzionati o non convenzionati.

Per poter svolgere la propria attività, il ricorrente era obbligato all'installazione sul proprio smartphone di un software (applicazione) fornito dalla parte resistente e a registrarsi, quotidianamente, sulla piattaforma digitale fornendo la propria disponibilità.

La piattaforma digitale in questione, gestita dal resistente, generava un profilo personalizzato ad ogni rider registrato ed autorizzato dalla società Alfa s.r.l.

L'applicazione forniva al rider, per tutta la durata della prestazione, le indicazioni necessarie sui percorsi da seguire, compresi i luoghi delle zone nelle quali l'algoritmo consigliava al rider di recarsi per ricevere un numero maggiore di ordini.

Il Ricorrente era, quindi, tenuto a monitorare il suo smartphone collocato sul manubrio della bicicletta proprio per averlo sempre di fronte, come richiesto dalla parte resistente, al fine di visualizzare in tempo reale l'arrivo di un ordine, i tempi di consegna e il percorso in base al quale la piattaforma digitale calcolava la remunerazione della prestazione del ricorrente.

La parte resistente forniva al rider l'attrezzatura di lavoro, quali: porta smartphone da posizionare sul manubrio, una borsa termica con il logo dell'azienda resistente, un power bank (ovverosia una batteria esterna di ricarica del cellulare) e un manuale comportamentale che informava e formava i riders attraverso istruzioni da seguire per ogni fase dell'esecuzione della prestazione e conformemente ai processi formalizzati nella piattaforma digitale

Ai riders, a seconda del giudizio di produttività loro riconosciuto dall'algoritmo, venivano dati accesso a distinte fasce orarie di prenotazione di consegna che venivano precluse, invece, ai riders che l'algoritmo valutava meno produttivi.

I riders tramite il sistema di prenotazione venivano periodicamente valutati con un punteggio di eccellenza, il quale si basava sui seguenti parametri: attività in c.d. "alta domanda" del partner convenzionato, efficienza, feedback dell'utente, esperienza, feedback dei partner.

Di conseguenza, il punteggio del rider veniva diminuito dall'algoritmo nei seguenti casi:

- Ricezione di una valutazione negativa da parte di un partner o un cliente della società resistente per un comportamento non professionale o un ordine trasportato in maniera errata;
- Il mancato check-in o il ritardo dello stesso;
- L'acquisizione della posizione del rider al di fuori della mappa della città o il non funzionamento della connessione internet del telefono del rider.

Per la cancellazione della prenotazione della sessione di lavoro la parte resistente e il suo algoritmo richiedevano il rispetto di un termine di preavviso di tre ore e il mancato rispetto di tale termine incideva negativamente sul punteggio dei riders, prevedendo di fatto una sanzione.

I riders dovevano quindi prenotare la sessione di lavoro (c.d. slot) con giorno e orario in cui prestavano le proprie energie lavorative, recarsi nella zona di lavoro, ed effettuare il check-in 15 minuti prima dell'inizio della sessione, rendendosi in tal modo monitorabili nell'area di lavoro dalla società Alfa s.r.l.

In caso di mancato check-in, la piattaforma digitale sollecitava i riders con una notifica sullo smartphone che li avvisava dell'approssimarsi dell'inizio della sessione e, perdurando l'inerzia, li sanzionava con la perdita di punteggio.

L'applicativo installato sullo smartphone, oltre a geolocalizzare i riders, monitora anche il livello di carica delle batterie degli smartphone, inibendo gli accessi alle sessioni di lavoro in caso di ricarica inferiore al 20%.

Ogni ordine arrivava in automatico ai riders che, avendo effettuato il check-in, fossero presenti nell'area di lavoro e fino alla loro esecuzione non consentiva la ricezione di nuovi ordini.

L'algoritmo trasmetteva ai riders il percorso ritenuto ottimale, che veniva utilizzato dalla piattaforma per il calcolo della tariffa chilometrica riconosciuta al ricorrente.

Durante il primo periodo di emergenza pandemica, il ricorrente dopo aver denunciato le precarie condizioni di lavoro nelle quali i riders si trovavano costretti a operare, si rivolgeva alla società chiedendo che gli venissero consegnati i dispositivi di protezione individuale quali mascherine protettive, guanti monouso, gel disinfettanti e prodotti a base alcolica per la pulizia della borsa termica, in misura sufficiente a far fronte al numero rilevante di consegne settimanali. La società tardava senza giustificato motivo nella consegna dei DPI ai riders.

Il giorno 13 ottobre 2021 la parte resistente comunicava al ricorrente con un messaggio all'interno della piattaforma che *«dal prossimo 15 ottobre, in base al Dpcm del 12 ottobre 2021, sarà necessario avere il green pass per effettuare attività con la piattaforma»*.

Il ricorrente dopo aver risposto con un messaggio *«così non posso più lavorare»* veniva senza preavviso, di fatto, disconnesso dalla piattaforma dal 15 ottobre 2021 senza aver più la possibilità di prenotare alcuna sessione di lavoro per svolgere le consegne a domicilio.

L'esternazione *«così non posso più lavorare»*, conseguita alle reiterate richieste di dotazione di DPI avanzate per sé stesso e per tutti i riders che si trovavano nella medesima situazione, veniva anch'essa letta alla luce del pregiudizio, oramai consolidato, della Società resistente che aveva bloccato il ricorrente all'accesso alla piattaforma, disattivando il suo account con la conseguente impossibilità di prenotare le sessioni di lavoro;

Evidenziamo che il ricorrente con l'espressione *«così non posso più lavorare»* non palesava la volontà di voler terminare il rapporto di lavoro con la Società resistente ma

piuttosto, era in attesa della ricezione del Green Pass richiesto dalla società stessa per poter proseguire il rapporto.

Si fa presente altresì che la resistente richiedeva al ricorrente di aprire partita iva, al fine di formalizzare un contratto “prestazione d’opera”.

IN DIRITTO

In tesi: Accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro

In questa sede chiediamo di riconoscere la riqualificazione del contratto di “Prestazione d’opera” (Art 2222 C.C.) richiesto al lavoratore nella primavera del 2019, in un contratto di lavoro subordinato; trovando fondamento la nostra richiesta nei fatti di seguito elencati:

Etero - Direzione: E’ da ritenersi ricorrente la eterodirezione quando vi è esercizio del potere unilaterale di predisporre regole che, seppur non strettamente finalizzate all’adempimento della prestazione, assicurano l’organizzazione del lavoro ed il contesto organizzato entro il quale la singola prestazione deve essere eseguita, coordinabile ed organizzabile. Tale ingerenza funzionale, predisposta da chi commissiona la prestazione (Alfa S.r.l. nel caso di specie), comporta l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

Nel caso in esame siffatto potere si manifestava, infatti, con la trasmissione ai riders di disposizioni necessarie all’adempimento della prestazione (ad es. monitorare lo smartphone collocato sul manubrio della bicicletta, recarsi sul luogo di ritiro della consegna indicato dalla piattaforma entro 15 minuti dall’inizio della sessione di lavoro, fare check in una volta sul luogo del ritiro, dare preavviso di almeno 3 ore in caso di cancellazione della prenotazione dello slot; prendere in consegna i prodotti, controllarne la corrispondenza con l’ordine e confermare alla piattaforma l’esito della verifica; seguire il percorso stradale indicato dalla piattaforma, tenere batteria livello superiore del 20%, dare conferma di avvenuta consegna e incasso contante.

In sostanza il coordinamento generale e specifico della prestazione del ricorrente era effettuato dalla piattaforma digitale che era collegata all’applicativo per il cui uso venivano fornite dalla resistente apposite istruzioni;

Potere disciplinare: la piattaforma inibisce l’accesso alla sessione di lavoro in caso di ricarica inferiore al 20%, in caso di mancato check - in il sistema sollecita il rider con una notifica sullo smartphone che lo avvisa dell’approssimarsi dell’inizio della sessione di lavoro e perdurando l’inerzia lo sanziona con la perdita di punteggio. In riferimento al potere disciplinare dell’Algoritmo si evidenzia che **I riders, attraverso il sistema di prenotazione, venivano periodicamente valutati attraverso il c.d. “Punteggio di eccellenza” sulla base di parametri i cui fini erano chiaramente sanzionatori con la perdita di punti in conseguenza di:**

- valutazione negativa (riguardo un comportamento non professionale o un ordine trasportato in maniera errata), non esecuzione o tardiva attività di check-in; carenza di geolocalizzazione nella mappa della città o bassa connessione del telefono. Non ultimo, le sanzioni previste in caso di cancellazione della prenotazione della sessione di lavoro senza preavviso di 3 ore, e in caso di assenza dal luogo di lavoro entro 15 minuti dall’inizio della sessione di lavoro.

Di fatto, il modello organizzativo imposto dalla resistente non consente alcuna autonomia al lavoratore, nella determinazione delle attività, del corrispettivo, degli orari

di lavoro, dando luogo ad un chiaro rapporto di **subordinazione** ex Art 2094 c.c.: *“E' prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore.”*

Richiamiamo al riguardo la sentenza del Tribunale Palermo sez. lav., 24/11/2020, n.3570 *“In assenza di libertà di scegliere i tempi di lavoro e se rendere o meno la prestazione, il rider dipendente da un'impresa di food delivery deve considerarsi **lavoratore subordinato** quando il lavoro sia organizzato mediante una piattaforma digitale in disponibilità dell'impresa, quando il lavoratore metta a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative per consistenti periodi temporali e si abbia esercizio di poteri di direzione e controllo, oltre che di natura latamente disciplinare.*

(Segue) Accertamento della condotta Discriminatoria dell'Algoritmo e della società

In questa sede chiediamo di Accertare la Condotta Discriminatoria dell'Algoritmo che in veste di Datore di Lavoro discriminava il lavoratore subordinato nell'accesso alla prestazione di lavoro. L'algoritmo interno alla piattaforma digitale discrimina il riders, attraverso l'assegnazione di un punteggio che si modifica negativamente quando il riders non effettuava il chek-in, quindi non si reca sul luogo di lavoro entro 15 minuti dall'inizio della sessione o quando non cancella la sessione di lavoro con un preavviso minimo di 3 ore. Il punteggio del Rider veniva diminuito dall'Algoritmo quando: riceveva una valutazione negativa (riguardo un comportamento non professionale o un ordine trasportato in maniera errata) da un cliente della Società, quando non effettuava il chek-in o lo eseguiva in ritardo, quando risultava al di fuori della mappa della città o la connessione del telefono non funzionava correttamente. Le medesime considerazioni possono essere svolte in relazione alle ulteriori ipotesi di mancata partecipazione alla sessione prenotata o di cancellazione tardiva della stessa per le altre cause legittime che ipotizziamo come ad esempio: malattia, handicap, esigenze legate alle cure dei figli minori.

Il rider vede penalizzate, di fatto, le sue statistiche indipendentemente dalla giustificazione della sua condotta per la semplice motivazione che la piattaforma non conosce i motivi per cui il rider cancella la sua prenotazione o non partecipa ad una sessione prenotata, risulta al di fuori della mappa della città o la sua connessione del telefono non funziona correttamente, magari per una causa di forza maggiore. *La condotta discriminatoria dell'algoritmo quindi è da configurarsi discriminatoria alla luce dell' Art 15 dello Statuto dei Lavoratori, lettera b): “ È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Infine ricordiamo l' Art. 3 Cost:” Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.”*

Alla luce dei fatti possiamo quindi dimostrare che l'algoritmo *non risponde, alle aspettative di trasparenza e imparzialità evocate dai fautori dei processi valutativi automatizzati, ma piuttosto si rivela essere una forma carsica del potere disciplinare.*

Prassi di questo tipo, invalse ad esempio nel sistema produttivo di servizi Uber, pongono anche problemi di tutela della privacy poichè la valutazione produce informazioni e valutazioni di cui la piattaforma entra in possesso e che può “trattare”.

E' da rilevare come l'effetto discriminatorio possa sortire da una valutazione negativa del servizio reso sulla base di elementi che non riguardano affatto la prestazione in sé, ma sono dettati da pregiudizi dell'utente nei confronti del lavoratore (ad esempio di un

rider di colore). In tal modo i sistemi reputazionali di customer satisfaction si connotano come strumenti potenzialmente idonei a “canalizzare” nell’ambito del rapporto di lavoro l’atteggiamento discriminatorio dell’utente (quindi un elemento “terzo” che viene ricondotto nell’alveo del rapporto grazie alle tecniche di valutazione del gradimento poste in essere dall’impresa attraverso l’algoritmo), producendo conseguenze in senso lato “sanzionatorie” come nel nostro caso la disconnessione dell’account, effetto di un meccanismo discriminatorio a danno del lavoratore, e non come legittima reazione della piattaforma ad un inadempimento, o imperfetto adempimento, dello stesso.

La nozione di discriminazione, sia diretta che indiretta, è stabilita dall'art. 2 del D. Lgs. 216/2003. Si parla di discriminazione indiretta quando: “una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età o di un orientamento sessuale in una situazione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone”.

L’imperativo della non discriminazione indiretta si pone quindi, come uno dei principali argini contro l’arbitrario disciplinamento algoritmico. La valenza di questo principio nell’ambito del platform work può essere utile per contrastare prassi discriminatorie fondate su fattori sindacali, di razza, ecc., che trovano terreno fertile nell’ambito della Gig economy al pari, se non più, di quanto accade nei contesti lavorativi tradizionali.

L’attenzione al rischio di discriminazione algoritmica emerge già dal Considerando 71) del GDPR, ove si legge che il titolare del trattamento dei dati deve garantirne la sicurezza e impedire effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell’origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali (sindacali), dell’appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell’orientamento sessuale. In particolare, in questa sede, viene in rilievo l’art. 4 del Regolamento, che considera trattamento automatizzato di dati la profilazione effettuata per valutare aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l’affidabilità, il comportamento, l’ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica. La profilazione è uno degli impieghi più controversi dell’intelligenza artificiale, proprio perché fa emergere, con particolare evidenza, le potenzialità discriminatorie di sistemi automatici di elaborazione di dati che sviluppano profili che possono essere usati per prendere decisioni riguardanti le persone.

Infine il quadro relativo agli “*aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate*” della **Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020** recante raccomandazioni alla Commissione al punto 31 nutre preoccupazione per i rischi di distorsione e discriminazione insiti nello sviluppo, nella diffusione e nell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate ad alto rischio, compresi i software, gli algoritmi e i dati utilizzati o prodotti da tali tecnologie; ricorda che, in qualsiasi circostanza, essi dovrebbero **rispettare il diritto dell'Unione, la dignità e i diritti umani nonché l'autonomia e l'autodeterminazione dell'individuo e garantire la parità di trattamento e l'assenza di discriminazioni per tutti.**

(Segue) Accertamento della Violazione del Diritto di Sciopero

Il Diritto di sciopero riconosciuto dall’**art 40 della Costituzione** si sostanzia in una **astensione collettiva dal lavoro da parte di lavoratori subordinati** e, di regola, viene indetto dai sindacati. Esso ha lo scopo di sollecitare migliori condizioni di lavoro (ad esempio in ordine alla sicurezza dei luoghi di lavoro, personale) ma può anche tendere a fini diversi, come quello di evitare licenziamenti, di sostenere le richieste di altri

(sciopero di solidarietà). Lo sciopero costituisce un diritto di libertà, cioè un diritto il cui esercizio non può essere limitato, né può comportare alcuna sanzione da parte dell'ordinamento. Quindi l'obbligo dei riders di "loggarsi" nella zona prenotata entro 15 minuti e la cancellazione delle prenotazioni e delle sessioni di lavoro con un termine di preavviso di 3 ore comporta una lesione del diritto di sciopero dei riders perché **per evitare la penalizzazione delle proprie statistiche (c.d. ranking reputazionale)**, i riders che volessero scioperare dovrebbero comunque **recarsi all'interno della zona di lavoro entro i primi 15 minuti dall'inizio delle sessioni prenotate**, cioè in sostanza dovrebbero necessariamente presentarsi sul luogo di lavoro, il che appare incompatibile con l'esercizio del diritto di sciopero che consiste invece nella totale astensione dall'attività lavorativa. Allo stesso modo la cancellazione della prenotazione con preavviso inferiore alle 3 ore inciderebbe negativamente sulle statistiche dei riders e, quindi, un palese deterrente alla partecipazione attiva all'attività sindacale. Questa regola imposta della cancellazione entro le 3 ore dalla piattaforma digitale annulla ogni effetto pratico della iniziativa di astensione collettiva e vanifica il diritto di sciopero costituzionalmente garantito ex art 40 della Costituzione perché assicura alla piattaforma le condizioni per sostituire i lavoratori e di conseguenza di vanificare lo scopo dello sciopero.

Di conseguenza non si può sostenere che il rider allo scopo di evitare la retrocessione del punteggio per aderire allo sciopero debba cancellare la sessione prenotata in anticipo o addirittura recarsi nel luogo dello Slot per loggarsi poiché metterebbe la piattaforma nella condizione di sostituirlo, annullando ogni effetto pratico della iniziativa di astensione collettiva vanificando così il diritto di sciopero costituzionalmente garantito. Infatti la giurisprudenza ha ritenuto legittimo lo sciopero improvviso, senza preavviso (Corte Cost. 62/124; Cass. 23552/2004).

(Segue) Accertamento della violazione dell'obbligo di sicurezza

In merito al ritardo da parte della società Alfa S.r.l nella consegna dei dispositivi di protezione individuale (quali: **mascherine protettive, guanti monouso, gel disinfettanti, e prodotti a base alcolica per la pulizia della borsa termica**) ai riders e che si sono trovati a fronteggiare un'ondata di ordini di consegna durante il periodo di pandemia di Covid19, è da censurare il

comportamento negligente del Datore di Lavoro, non essendosi conformato **sia** alle tutele previste dagli obblighi disposti in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro *D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 Testo coordinato con il D.Lgs. 3 agosto 2009*, riconosciute ai lavoratori subordinati che prevede: la copertura assicurativa obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali **sia** al Regolamento Ce 852/2004 e del decreto legislativo 193 del 2007 "Pacchetto igiene". La piattaforma è altresì tenuta a tutti gli adempimenti del datore di lavoro previsti dal decreto del Presidente della Repubblica n. 1124/1965 per il quale si prevede l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e contro le malattie professionali.

Nonostante le continue lamentele da parte del nostro ricorrente a fronte del mancato adeguamento a tali disposizioni da parte della Società Alfa s.r.l., le quali hanno portato a l'esternazione della frustrazione del medesimo tramite messaggio sulla piattaforma "così non posso più lavorare", è da sottolineare l'inerzia della resistente la quale non fornendo adeguatamente i dispositivi individuali di protezione a fronte dell'emergenza pandemica e non adeguandosi alle disposizioni sull'igiene per il trasporto di alimenti ha posto in essere un comportamento pregiudizievole per i lavoratori esponendoli alla possibilità di contrarre la malattia, di conseguenza trasmetterla, mettere altresì in pericolo la collettività.

Possiamo ricordare a sostegno della nostra difesa un caso analogo in riferimento alla Sez. Lav., 1 Aprile 2020 n.886 del Tribunale di Firenze nella quale la protrazione dello svolgimento dell'attività di lavoro dei riders in assenza dei dispositivi individuali di protezione è da ritenersi pregiudizio imminente e irreparabile. È necessario evidenziare la gravità di tale situazione ed il rischio che essa, ove protratta, avrebbe potuto causare danni alla salute del lavoratore.

Le imprese di *delivery*, dunque, non possono limitarsi ad un invito all'utilizzo degli strumenti di protezione dal rischio di contagio per i propri collaboratori, ma devono esse stesse farsi parti attive nel mettere tali mezzi a disposizione, supervisionando sul loro effettivo impiego data l'esistenza di un rischio di pregiudizio imminente ed irreparabile ai danni del lavoratore, dato dalla possibilità di contagio da COVID-19 lavorando in assenza di dispositivi individuali di protezione. Oltre a ciò, come evidenziato nel provvedimento del Tribunale di Bologna, nell'emergenza epidemiologica da Covid-19 il rispetto delle norme igienico sanitarie per trasporto e consegna dei cibi a domicilio (compreso l'uso dei dispositivi di protezione individuale) è richiesto a tutela della salute non solo degli operatori, ma anche dei clienti e dell'intera collettività.

(Segue) Accertamento della violazione della disciplina sul c.d. Green Pass

Ai sensi dell'art.3 comma 6 del Decreto legge 127/2021 (convertito con modificazioni in legge n° 165 del 2021) il personale di cui al comma 1, nel caso in cui comunichi di non essere in possesso della certificazione verde COVID-19 o qualora risulti privo della predetta certificazione al momento dell'accesso al luogo di lavoro, al fine di tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori nel luogo di lavoro, e' considerato assente ingiustificato fino alla presentazione della predetta certificazione e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2021, termine di cessazione dello stato di emergenza, senza conseguenze disciplinari e con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. Per i giorni di assenza ingiustificata di cui al primo periodo non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento, comunque denominati. La norma stabilisce che il personale obbligato al Green Pass, qualora comunichi di non averlo o ne risulti privo al momento dell'accesso al luogo di lavoro, verrà considerato assente senza diritto alla retribuzione fino alla presentazione dello stesso. Non sono previste altre sanzioni e, al contempo, si mantiene il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro.

L'esclusione del Rider dalla piattaforma (infatti licenziamento illegittimo) effettuato dalla Società Alfa S.r.l contestualmente alla ricezione del messaggio «*così non posso più lavorare*» dimostra il rapporto di causa ed effetto tra l'assenza di Green Pass (prestiamo attenzione, che solo presunta dalla Società) e il Licenziamento, pertanto alla luce di quanto esposto sopra il licenziamento come conseguenze disciplinari non è contemplato dalla legge e dunque il licenziamento del Rider comminato tramite mancata possibilità di usare l'applicazione per prenotare gli slot di lavoro risulta senza giustificato motivo e quindi illegittimo.

(Segue) Accertamento del Licenziamento Discriminatorio, Ritorsivo

L'applicabilità della tutela contro il licenziamento illegittimo nella vertenza che vede coinvolto il ricorrente avverso la società Alfa S.r.l è più correttamente qualificabile come licenziamento discriminatorio, istituito definito all'art. 4 della legge n. 604 del 1966 e ss modifiche estensive. Tra queste ultime, ai sensi dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compare qualsiasi atto o comportamento diretto a licenziare un lavoratore o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua attività sindacale.

Le reiterate richieste di DPI avanzate dal ricorrente e la denuncia delle precarie condizioni di lavoro venivano interpretate come attività sindacale, censurata con la

disconnessione del riders dalla piattaforma digitale, è da qualificarsi comportamento ritorsivo sostanziatosi in licenziamento illegittimo.

Conforme alla nostra tesi la sentenza n. 3570/2020 pubbl. il 24/11/2020 emessa dal Tribunale di Palermo, nella quale la sospensione dell'account del rider da parte della piattaforma digitale è da qualificarsi alla stregua di un licenziamento per fatto concludente, reso in forma orale e quindi illegittimo, da ritenere poi di chiara natura ritorsiva, proprio in ragione delle rivendicazioni avanzate dal rider in tema di DPI e garanzie contrattuali.

In Via Subordinata, Accertamento della etero-organizzazione della collaborazione ex Art. 2 del d.lgs 81/15

Ai sensi dell'art. 2, D.Lgs. 81/2015 si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali. Quindi formalmente questi rapporti rimangono autonomi però quando viene riconosciuta questa eteroorganizzazione si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Tenendo conto della posizione della Corte d'Appello di Torino, espressa nella sentenza n. 26 del 2019, la disciplina protettiva del lavoro subordinato deve essere estesa al collaboratore autonomo quando sia inserito nell'etero-organizzazione predisposta dal committente che incide significativamente (e in modo unilaterale) sulle modalità esecutive della prestazione. Infatti, la modalità di esecuzione di rider è organizzata da Alfa attraverso la piattaforma digitale e i sistemi algoritmici che ne determinano il funzionamento. Nello specifico: 1) il rider lavora sulla base di turni lavorativi stabiliti dall'algoritmo dalla piattaforma appartenente al committente 2) i tempi di consegna sono predeterminati (il rider è tenuto a monitorare lo smartphone sul manubrio della bicicletta al fine di visualizzare in tempo reale l'arrivo di un ordine, il tempo di consegna e il percorso in base al quale verrà calcolata la remunerazione della prestazione).

Un altro requisito della qualificazione avverso i licenziamenti illegittimi normalmente applicabile in forza di un rapporto di collaborazione etero-organizzata concerne il carattere continuativo della prestazione secondo quanto previsto dall'art. 2, co. 1, d. lgs. n. 81/2015, ai fini della quale si deve ammettere l'esecuzione di attività reiterate nel tempo (sebbene intervallate), quali sono appunto le singole consegne effettuate dai rider. In questo senso s'è espressa anche la Circolare del Ministero del lavoro n. 3/2016, che considera "le prestazioni di servizi quando si ripetono" per l'organizzazione del committente.

Quindi tenendo conto della Circolare n. 3/2016 del Ministero del lavoro, che ha chiarito che "la formulazione utilizzata dal Legislatore, di per sé generica, lascia intendere l'applicazione di qualsivoglia istituto, legale o contrattuale (ad esempio, trattamento retributivo, orario di lavoro, inquadramento previdenziale", consideriamo che non esiste alcuna valida ragione giuridica per escludere tutele sui licenziamenti previste per i lavoratori subordinati alle collaborazioni etero-organizzate, è dunque d'applicarsi la tutela contro il **licenziamento illegittimo**.

(Segue) Accertamento della non applicabilità del CCNL Asso Delivery - UGL

In presenza del Contratto collettivo nazionale per la disciplina dell'attività di consegna di beni per conto di altrui svolta da lavoratori autonomi, c.d. rider (CCNL), sottoscritto da Assodelivery e UGL, che potrebbe escludere l'applicazione delle tutele del rapporto

di lavoro subordinato (come previsto dall'art. 2, secondo comma, lett. a, D.Lgs. 81/2015) rileva che:

Il Tribunale di Bologna con il provvedimento del 30 giugno 2021 ha confermato **illegittimità del contratto collettivo** perché firmato con una controparte che non si può considerare rappresentativa. Infatti, l'art. 47-*quater* D.Lgs. 81/2015, declinando al plurale il termine "organizzazioni sindacali", esclude che il contratto collettivo potesse essere firmato da un solo sindacato, il quale, in questo caso per l'appunto UGL, non sarebbe nemmeno "comparativamente più rappresentative a livello nazionale". Nella Nota dell'Ufficio Legislativo del Ministero del Lavoro del 17 settembre 2020 si evidenziava che fosse «il diverso e ulteriore requisito selettivo costituito dal parametro comparativo su base nazionale. Come chiarito dalla giurisprudenza (ad es. Corte Costituzionale, sentenza n. 51 del 2015; TAR Lazio, sentenza n. 1522 del 2018 e 8865 del 2014; Cassazione, sez. lav., n. 4951 del 2019; Corte d'Appello di Torino, 2 novembre 2017), il requisito della maggiore rappresentatività comparata presuppone un raffronto appunto di natura comparativa, specifico e concreto e di tipo eminentemente quantitativo, nell'ambito – che è qui il livello generale nazionale – considerato dalla legge».

Si esclude comunque anche la più lontana possibilità di applicazione di detto CCNL in quanto la Società ricorrente non risulta essere iscritta a AssoDelivery, firmataria del Contratto elusivo delle tutele dei lavoratori.

(Segue) Accertamento della Violazione del diritto di sciopero:

Anche qualora il Ill.mo Tribunale di Pisa non riconoscesse la qualificazione ex art 2094, bensì qualificasse il rapporto di lavoro alla stregua dell'art 2, comma e d.lgs. 81 del 2015 al rider dovrà comunque essere riconosciuta la tutela del lavoro subordinato quindi il diritto di sciopero ex art. 40 Cost.

(Segue) Accertamento della discriminazione Algoritmica:

La giudice di Bologna nell'ordinanza del 31-12-2020 prevede l'applicabilità ai riders della normativa antidiscriminatoria in base a quanto disposto dagli **artt. 2 e 47 quinquies, d.lgs. 81/2015** e alla sentenza della **Suprema Corte n. 1663/2020**. Il sistema dell'unione europea invece contiene alcuni elementi utili ai fini di una interpretazione sistematica, infatti dobbiamo sottolineare che le direttive applicano i principi di non discriminazione alla persona fisica senza distinzione tra lavoratore autonomo e subordinato. I principi di uguaglianza e di non discriminazione sono oggi riconosciuti come principi generali del diritto dell'Unione, codificati negli art. **21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**, cui la Corte di giustizia ha riconosciuto un'efficacia diretta orizzontale in tutte le materie che rientrano nella competenza dell'Unione europea. Il sistema di Accesso alle Prenotazioni adottato dalla resistente realizza una discriminazione indiretta, dando applicazione ad una disposizione apparentemente neutra (la normativa contrattuale sulla cancellazione anticipata delle sessioni prenotate entro 3 ore) che però potrebbe mettere una determinata categoria di lavoratori in una posizione di particolare svantaggio dal momento in cui a discriminazione indiretta consiste nel riservare lo stesso trattamento a situazioni diverse. Nella vertenza in discorso la piattaforma digitale della resistente elabora valutazioni in merito alla produttività dei singoli riders senza che questi siano stati messi a conoscenza dei criteri adottati e abbiano la possibilità di un confronto puntuale subendo, in tal modo, un possibile pregiudizio economico derivante dall'esclusione di fasce orari di consegna a clienti ad "alta domanda" ed economicamente a maggior valore aggiunto. L'obbligo dei riders di "loggarsi" nella zona prenotata entro 15 minuti e la cancellazione della prenotazione e della sessione di lavoro con un termine di preavviso di 3 ore comporta una lesione del diritto di sciopero perché per evitare la penalizzazione

delle proprie statistiche, il ciclo fattorino che voglia scioperare dovrebbe comunque **recarsi all'interno della zona di lavoro entro i primi 15 minuti dall'inizio della sessione prenotata**, cioè in sostanza dovrebbe necessariamente presentarsi sul luogo di lavoro, il che appare incompatibile con l'esercizio del **diritto di sciopero** che consiste invece nella totale astensione dall'attività lavorativa. Le medesime considerazioni possono essere svolte in relazione alle ulteriori ipotesi di mancata partecipazione alla sessione prenotata o di cancellazione tardiva della stessa per le altre cause legittime che ipotizziamo come ad esempio: **malattia, handicap, esigenze legate alle cure di figli minori**. **In tutti questi casi il rider vede penalizzate le sue statistiche indipendentemente dalla giustificazione della sua condotta per la semplice motivazione che la piattaforma non conosce i motivi per cui il rider cancella la sua prenotazione o non partecipa ad una sessione prenotata, risulta al di fuori della mappa della città o la sua connessione del telefono non funziona correttamente, magari per una causa di forza maggiore.**

(Segue) Violazione dell'obbligo di Sicurezza dei luoghi di lavoro

Anche qualora il Ill.mo Tribunale di Pisa non riconoscesse la qualificazione ex art 2094, bensì qualificasse il rapporto di lavoro alla stregua dell'art 2, comma e d.lgs. 81 del 2015 al rider dovrà comunque essere riconosciuta **l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, quindi, il rispetto degli obblighi in materia di salute e sicurezza dei lavoratori.**

TUTTO CIO' PREMESSO

Tizio, come in epigrafe rappresentato e difeso,

RICORRE

all'Ill.mo Tribunale affinché ai sensi dell'art. 414 c.p.c. voglia fissare l'udienza di discussione della presente causa, all'esito della quale si chiede di accogliere le seguenti

CONCLUSIONI

IN VIA PRINCIPALE:

- **DICHIARARE** la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato con la conseguenza di qualificare la mancata riattivazione dell'account alla stregua di un licenziamento per fatto concludente, ritorsivo reso in forma orale e quindi illegittimo.
- **CONDANNARE** la resistente alla reintegrazione del lavoratore, nonché al risarcimento del danno, nella determinazione del quale, voglia codesto Tribunale, applicare in via equitativa la disciplina di settore prevista dal CCNL Logistica Trasporto Merci e Spedizioni, nonché il riconoscimento come tempo di lavoro delle frazioni temporali nella quali è stato "a disposizione della società" in attesa di ricevere un ordine ovvero è stato impegnato in attività ausiliarie, proponendo domanda di condanna al pagamento di differenze retributive, secondo le previsioni dell'art. 2 del d.lgs 23 del 4 marzo 2015.
- **DICHIARARE** il carattere discriminatorio delle condizioni di accesso alle sessioni di lavoro tramite la piattaforma digitale e in particolare dei parametri di elaborazione del "Punteggio di Eccellenza" che incidono sulla priorità di scelta delle sessioni di lavoro

senza considerare la causa che ha dato luogo al mancato rispetto della sessione prenotata per i motivi di cui al ricorso.

- **DICHIARARE**, anche ai sensi delle direttive comunitarie, il carattere discriminatorio della condotta e della prassi aziendale della resistente descritte nel presente atto.

- **ORDINARE** alla resistente ai sensi dell'art. 28, 5 co. del d.lgs 1 settembre 2011 n. 150 l'adozione di un piano di rimozione delle discriminazioni ovvero delle prassi che ostacolano l'esercizio dei diritti del soggetto leso.

- **ORDINARE** alla resistente di modificare le condizioni di accesso alle sessioni di lavoro comunque di prenotazione delle stesse ed in particolare i parametri di elaborazione del "Punteggio di Eccellenza" che assicurano la priorità nella scelta delle sessioni di lavoro attraverso l'adozione di modifiche al sistema che impediscano gli effetti discriminatori sul diritto di sciopero, sullo stato di malattia legata handicap e condizioni familiari indicati nel ricorso.

- **ORDINARE** alla resistente di divulgare l'emanando provvedimento nelle condizioni di contratto contenute nella piattaforma e comunque disporre che venga comunicato il provvedimento tramite informative indirizzate a tutti i riders registrati che prestano attività alla società Alfa S.r.l.

- **CONDANNARE** la società Alfa S.r.l. al risarcimento del danno non patrimoniale causato dalla descritta condotta discriminatoria, in misura adeguata, proporzionata e dissuasiva da determinarsi in via equitativa.

- **DISPORRE** in ogni caso ogni opportuno provvedimento al fine di rimuovere gli effetti della dichiarata condotta discriminatoria.

- **CONDANNARE** Con vittoria di spese, compenso professionale, rimborso forfetario ed accessori di legge.

Nella denegata ipotesi che il contratto di lavoro non venisse qualificato di tipo subordinato si chiede di accogliere in VIA SUBORDINATA di:

- **QUALIFICARE** il rapporto di lavoro quale collaborazione eteroorganizzata, ex art. 2 del d.lgs 81/15, che impone, in ragione del rispetto della disciplina del lavoro subordinato della equiparazione normativa (Cassazione, 24 gennaio 2020 n. 1663), l'applicazione ed il rispetto della disciplina del lavoro subordinato.

ELABORATO DEGLI STUDENTI: LA MEMORIA DI COSTITUZIONE DIFENSIVA

L'atto è frutto di un lavoro congiunto di Claudia Falaschi, Francesca Pellegrini, Simone Carrà.

TRIBUNALE
Giudice monocratico del lavoro

MEMORIA DI COSTITUZIONE DIFENSIVA EX ART. 416 C.P.C.

Per la società Alfa S.r.l., in persona del Presidente, Amministratore Delegato e legale rappresentante pro tempore, resistente giusta procura in calce al ricorso notificato da Tizio,

CONTRO

Tizio, Ricorrente

PREMESSA

Con ricorso Tizio adiva il Tribunale assumendo di aver prestato la propria attività lavorativa, nella qualità di ciclo-fattorino (rider), dalla primavera del 2019 al 13 ottobre 2021 alle dipendenze della resistente lamentando le precarie condizioni di lavoro e di essere stato destinatario di un licenziamento ingiusto.

In particolare, la ricorrente ritiene che il rapporto instauratosi tra le parti sia corrispondente al modello tipologico del lavoro subordinato come emergerebbe dalle concrete modalità di svolgimento dell'attività dalla stessa descritte.

IN FATTO

La ricostruzione avversaria dei fatti deve essere radicalmente contestata perché non corrispondente a verità

Dalla primavera del 2019 Tizio (ricorrente) svolge attività di ciclofattorino in favore della Società Alfa (resistente) che opera nel settore delle consegne per conto di partner convenzionati o non convenzionati.

La società Alfa (resistente) ha come attività principale la gestione di un sito *Web* che mette in relazione utenti (consumatori) ed esercizi locali (per lo più ristoratori) al fine di consentire ai consumatori di acquistare documenti e beni di prima necessità presso esercizi locali convenzionati in ambito urbano ed extraurbano per il tramite della piattaforma e di ricevere al proprio domicilio i beni acquistati.

Mentre, come attività accessoria alla principale, la società si occupa dell'attività di consegna ai consumatori.

La società Alfa (resistente), in particolare, svolge la propria attività di consegna attraverso una piattaforma digitale, con cui i riders collaborano, il cui algoritmo, sulla base di previsioni statistiche, calcola il fabbisogno di manodopera necessario per soddisfare la domanda dell'utenza di una determinata area e in una determinata fascia oraria.

I rider per poter svolgere la propria attività devono – previa registrazione sulla piattaforma – installare sullo smartphone di loro proprietà un software (applicazione) fornito dalla società, la quale si avvale della piattaforma con cui collaborano direttamente i riders, che genera un profilo personalizzato tramite il quale accedono alla piattaforma digitale.

Occorre precisare che l'applicativo fornito dalla piattaforma non fornisce ai riders tutte le indicazioni, ma si limita a comunicare solo quelle necessarie per tutta la durata della prestazione, anche in ordine ai c.d. "punti caldi" (identificati nelle zone vicine ai locali di catene di fast food) ovvero i luoghi dove si consiglia di recarsi per ricevere il maggior numero di ordini.

È vero che la società Alfa fornisce ai riders il porta smartphone, ma non è vero che i riders sono tenuti a monitorare costantemente lo smartphone, in quanto è a loro discrezione collocarlo dove vogliono.

Non è vero che la società controlla il percorso, ma la piattaforma si limita a suggerire quello più corto.

In occasione dell'avvio del rapporto contrattuale, la società forniva ai riders solo una limitata parte dell'attrezzatura di lavoro quali, una borsa termica con il logo dell'azienda ed un power bank che il lavoratore ha solo facoltà di utilizzare.

La società ha fornito al rider all'avvio del rapporto un manuale comportamentale contenente le istruzioni che rimangono invariate fin dalla stipula del contratto da seguire per ogni fase dell'esecuzione della prestazione d'opera.

I riders sono liberi di scegliere, così come anche confermato dal CCNL riders, di prenotare i turni di lavoro secondo distinte fasce orarie determinate dall'algoritmo per ogni sessione di lavoro che tiene conto del cd punteggio di eccellenza calcolato dal sistema periodicamente in modo imparziale.

I riders hanno piena facoltà di cancellazione della prenotazione della sessione di lavoro, con un termine di preavviso di tre ore per permettere al sistema di ricalcolare la sessione consentendo una più efficiente e imparziale distribuzione di lavoro tra i riders.

Il rider può decidere se e quando prenotare la sessione di lavoro (c.d. slot) con giorno e orario in cui intende prestare la propria attività.

Inoltre, la società Alfa non sanziona in alcun modo il lavoratore, ma è il sistema che sollecita il rider con una notifica sul suo smartphone che lo avvisa dell'approssimarsi dell'inizio della sessione che, ricordiamo, essere accessibile a libera scelta.

In caso di disponibilità espressa dal rider, ogni ordine arriva in automatico a quest'ultimo direttamente dalla piattaforma.

Il rider sceglie il luogo in cui intende raccogliere l'ordine non avendo una postazione fissa di lavoro.

Non è vero che la società esercita potere di controllo e vigilanza, infatti, la geolocalizzazione serve solo a segnalare al rider il percorso, ma è facoltà del lavoratore di scegliere un percorso diverso.

Il software, che in base alla geolocalizzazione ha lo scopo di consigliare al rider il percorso ritenuto ottimale non è uno strumento di controllo, ma è utilizzato dalla società per il calcolo della tariffa chilometrica come pattuito tra le parti nel contratto di prestazione d'opera e per suggerire il più breve percorso favorendo la possibilità di realizzare più consegne e quindi più guadagno.

Non è vero che il lavoratore viene sanzionato dalla piattaforma, per cui non può ravvisarsi potere disciplinare. Il cd punteggio di eccellenza ha come obiettivo quello di mantenere un livello alto di efficienza e degli standard qualitativi del servizio di presa e consegna dei beni.

La società ha sempre assolto gli obblighi di sicurezza. Inoltre, anche nel primo periodo di emergenza pandemica, la società Alfa, non ha mai tardato nella consegna dei DPI nonostante la scarsa reperibilità di questi ultimi sul mercato considerato il contesto eccezionale.

La società Alfa in ottemperanza al Decreto-legge 127/2021 (convertito con modificazioni in legge n° 165 del 2021) ha comunicato al lavoratore la necessità del Green Pass per poter svolgere l'attività. Come noto ai sensi del decreto il possesso del Green Pass è richiesto a tutti i soggetti che svolgono a qualsiasi titolo attività lavorativa anche all'esterno.

La società Alfa si è limitata a dare l'avviso precisando che il lavoratore, anche autonomo, privo del Green Pass sarebbe incorso nella probabile applicazione di sanzioni amministrative.

Il giorno 13 ottobre 2021 Alfa comunica a Tizio – con un messaggio nella piattaforma – che «dal prossimo 15 ottobre, in base al Dpcm del 12 ottobre 2021, sarà necessario avere il Green Pass per effettuare attività con la piattaforma».

Tizio risponde con un messaggio in cui afferma «così non posso più lavorare».

Dal 15 ottobre 2021 Tizio non riesce più a prenotare alcuno slot per svolgere la prestazione.

Non è vero che Tizio sia stato destinatario di licenziamento, infatti Tizio, dopo l'avviso ha espresso e comunicato alla società Alfa di non volere più lavorare e inoltre non ha più contattato con la società anche al di fuori della piattaforma, tant'è che Tizio presta attività presso altre società.

Si fa presente che Tizio ha stipulato con Alfa un contratto di “prestazione d'opera” aprendo partita IVA, come richiesto dalla società.

La società Alfa ha adempiuto ai propri doveri.

IN DIRITTO

Si procede quindi alla valutazione giuridica delle domande avversarie.

Insussistenza del rapporto di lavoro subordinato

Quanto alla natura del rapporto di lavoro occorre innanzitutto precisare che il rapporto intercorso tra le parti, per come in concreto instauratosi, non può in alcun modo essere caratterizzato dal vincolo della subordinazione.

Tizio ha stipulato con l'azienda Alfa un contratto di prestazione d'opera ex art 2222 CC che apre il Titolo III (Lavoro autonomo) del Libro V (del lavoro) al quale le parti hanno aderito volontariamente. A rafforzare ciò ricordiamo che, subito dopo la stipulazione, Tizio ha aperto anche partita IVA, in data 20 Maggio 2019, così come richiesto dalla società Alfa.

Le parti nel momento in cui hanno pattuito il contratto hanno accettato liberamente e integralmente le modalità di esecuzione in esso espresse. Così come tutti i riders che collaborano con la società Alfa, anche Tizio, fin da prima dell'inizio della propria attività lavorativa, era già a conoscenza delle modalità in cui questa si sarebbe svolta. Mai durante tutto il rapporto di lavoro, Tizio ha lamentato problemi in merito a questo aspetto.

Nella consapevolezza che la qualificazione di un contratto di lavoro non si limita al nomen iuris dato dalle parti contraenti, si ribadisce che le modalità di esecuzione della prestazione non possono in alcun modo essere ricondotte al lavoro subordinato.

Infatti, la società Alfa non ha mai previsto orari di lavoro predeterminati, puntuali e articolati in turni; le prestazioni erano rese a libera scelta del riders in quanto non vincolati ad avvertire preventivamente in alcun modo la controparte; il rider gestiva direttamente i propri impegni lavorativi e quindi i contatti con i clienti, con cui era in un rapporto maggiormente diretto di quanto non fosse la società. È pacifico che non vi

fosse un luogo predefinito di lavoro perché il rider per sua natura non ce l'ha. Non è la società Alfa che impone dove andare, ma è il rider a scegliere dove, quando e come andare.

In mancanza di continuità del rapporto lavorativo e della esclusività della prestazione lavorativa ribadiamo la sussistenza di un rapporto di lavoro autonomo, che in nessun modo può qualificarsi come subordinato.

Come è noto la Corte di Cassazione ha stabilito che il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro *“discende dall’emanazione di ordini specifici, oltre che dall’esercizio di una assidua attività di vigilanza e controllo dell’esecuzione delle prestazioni lavorative”* (tra le tante, Cass. 8.2.2010 n. 728).

Nel caso di specie la società Alfa non ha mai esercitato alcun potere nei confronti del lavoratore. Mancano infatti: direttive, ordini e comandi. Manca quindi palesemente del tutto il criterio dell’etero-direzione della prestazione lavorativa.

La società Alfa non ha mai impartito ordini (cosa fare, dove andare, quale orario rispettare...), ma si è limitata a dare indicazioni e quindi a coordinare la prestazione lavorativa dei propri riders. È inoltre opportuno ricordare che, nel caso di specie, non vi è alcuna retribuzione mensile fissa e prestabilita ex ante in via contrattuale. Il compenso viene determinato, di volta in volta, in base alle consegne effettuate dai riders. Quest’ultimo rafforza ancor di più l’autonomia del lavoratore, poiché quante più consegne farà più guadagnerà, e viceversa.

La società si limita a coordinare e a fornire quindi mere e semplici indicazioni, venendo palesemente a mancare la specificazione della prestazione lavorativa e mai ha comunicato il lavoro da svolgere in modo puntuale.

Tant’è che Tizio, come tutti gli altri riders, poteva liberamente e volontariamente decidere: se, quando e come lavorare.

Richiamiamo a tale scopo la sentenza del Tribunale di Torino, 7 maggio 2018, n. 778, in cui si afferma: *“questa caratteristica del rapporto di lavoro intercorso tra le parti può essere considerata di per sé determinante ai fini di escludere la sottoposizione dei ricorrenti al potere direttivo e organizzativo del datore di lavoro perché è evidente che se il datore di lavoro non può pretendere dal lavoratore lo svolgimento della prestazione lavorativa non può neppure esercitare il potere direttivo e organizzativo”*.

Tra l’altro considerassimo per assurdo presente il vincolo di subordinazione dovremmo allora affermare che Tizio fosse tenuto a rispettare gli obblighi di diligenza e di fedeltà cui Artt. 2104 e 2105 CC. Ovviamente così non è.

Tizio, nel caso concreto, non è stato tenuto a rispettare obblighi di non concorrenza e riservatezza con la Società Alfa, con riferimento alla fedeltà ed è sempre stato libero di svolgere anche altre attività lavorative come lavoratore autonomo.

È opportuno ricordare che tra l’altro la categoria della subordinazione è messa oggi in discussione dalla rivoluzione tecnologica in atto. Per alcuni autori, infatti, il modello del lavoro subordinato è una categoria del Novecento. Si sta assistendo a una lenta ma incisiva disgregazione del modello della subordinazione così come conosciuto, e di conseguenza quel modello di lavoratore subordinato sarebbe incompatibile con la instabilità, la frammentarietà e la discontinuità del lavoro imposte dalle infrastrutture tecnologiche.

Come già sopra affermato, la società Alfa non ha mai impartito comandi ai riders, ma al più si è limitata a pubblicare gli slot con turni di lavoro elaborati dalla piattaforma.

Occorre inoltre precisare che nell’esecuzione del rapporto di lavoro in oggetto, non vi è stato alcun esercizio del potere disciplinare da parte della piattaforma.

Infatti, la piattaforma, e tanto meno la società, non ha mai irrogato alcuna sanzione ai lavoratori, ma si è limitata ad elaborare il c.d sistema di eccellenza solo ed esclusivamente per garantire un alto livello di efficienza e di standard qualitativi del servizio di presa e consegna dei beni. Non è in alcun modo vero che questo punteggio di eccellenza va in qualche modo a sanzionare il lavoratore.

L'applicazione del sistema di ranking non assume in questa luce un carattere discriminatorio o disciplinare. Questo meccanismo oltre ad essere chiaro fin dall'inizio, è soprattutto uguale per tutti i riders perché gestito direttamente dagli algoritmi della piattaforma in modo imparziale.

In conclusione, si ritiene non inquadrabile la fattispecie di lavoro nella disciplina presa in considerazione dall'art 2094 CC, ma quella del Art 2222 CC: *“Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV”*.

Assenza di discriminazione dell'algoritmo e della Società

Occorre altresì precisare che la condotta posta in essere dalla piattaforma non può dirsi in alcun modo discriminatoria perché, come già esposto nella parte in fatto, è la piattaforma che elabora un sistema di punteggio per il solo fine di garantire il miglior servizio possibile.

Si ribadisce, inoltre, che è sempre nella piena ed esclusiva libertà del rider di decidere se prestare o meno l'attività, consapevole, fin dall'inizio del rapporto, che, se decide di non svolgere l'attività (quale che ne sia il motivo), non sarà pagato e avrà minori opportunità di guadagno.

Inoltre, la parte ricorrente non ha allegato fatti o fornito prove da cui si possa evincere un trattamento discriminatorio che, in coerenza con la tesi della stessa a sostegno della subordinazione, dovrebbe fondarsi sui fattori positivamente previsti dall'**art. 15 co 2 L. 300/1970 (Stat. Lav.) - Atti discriminatori** *“Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di **discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali.**”*

La società Alfa respinge dunque in radice un'accusa di tale gravità che, peraltro, il ricorrente vorrebbe estendere anche all'ipotetico licenziamento che assume di avere subito.

In ogni caso, un licenziamento discriminatorio, in quanto nullo, determinerebbe l'obbligo di reintegrazione del posto di lavoro (oltre che di indennizzo di tipo risarcitorio): ma, in questo caso specifico, trattandosi di prestazione non esclusivamente personale, non può trovare applicazione. Ecco, dunque, un altro argomento per l'esclusione della subordinazione in quanto quest'ultima richiede che la prestazione sia esclusivamente personale, e per il caso riders così non è.

Si aggiunge, inoltre, che la società Alfa ha sempre ed incontestabilmente osservato quanto prescritto dall'**art. 47-quinquies** nell'ambito delle tutele minime di cui al capo V bis del d. lgs. 81/2015 previste per i lavoratori autonomi occasionali tramite piattaforme digitali: - **Divieto di discriminazione** –

“1. Ai lavoratori di cui all'articolo 47-bis si applicano la disciplina antidiscriminatoria e quella a tutela della libertà e dignità del lavoratore previste per i lavoratori subordinati, ivi compreso l'accesso alla piattaforma.

2. L'esclusione dalla piattaforma e le riduzioni delle occasioni di lavoro ascrivibili alla mancata accettazione della prestazione sono vietate.”

Insussistenza della Violazione del Diritto di Sciopero

La società Alfa non ha mai in alcun modo violato il diritto di sciopero. Resta nelle piene facoltà del lavoratore esercitare tale diritto anche in qualità di lavoratore autonomo.

Nel caso in questione, comunque, mai la società Alfa è venuta a conoscenza di uno sciopero che, peraltro, stando alle affermazioni della controparte, il prestatore Tizio avrebbe voluto esercitare individualmente. Lo sciopero, come noto, è a titolarità individuale e a esercizio collettivo.

Con riguardo al punteggio elaborato dalla piattaforma con valutazione negativa si ricorda poi che anche il lavoratore subordinato che intende aderire allo sciopero perde il diritto alla controprestazione retributiva.

In particolare, poi, il rilievo operato nel ricorso circa il potere della committente di vanificare il significato e la disciplina dello sciopero con la sostituzione dei lavoratori scioperanti non ha fondamento, infatti: se lo sciopero fosse realizzato in forma collettiva, esso sarebbe certamente in grado di recare un pregiudizio alla committente, la quale non potrebbe certo disporre del tempo e dei mezzi necessari per poter affidare le plurime attività di consegna ad altri lavoratori, considerata la velocità e l'immediatezza che caratterizzano gli ordini e le consegne in questo settore.

Adempimento dell'obbligo di sicurezza

Ribadendo la natura autonoma del rapporto intercorrente tra Tizio e la società Alfa in quanto riconducibile, alla stregua delle concrete modalità di svolgimento dello stesso, alla fattispecie di cui all'art. 2222 CC, si rileva che è sul rider che, in quanto lavoratore autonomo che non presta attività nel luogo di lavoro dell'azienda committente, incombe l'onere di procurarsi mezzi idonei alla tutela della propria salute e sicurezza.

Infatti, ex art. 21 d. lsg. 81/2008, è sancito, tra l'altro, che “... i lavoratori autonomi che compiono opere o servizi ai sensi dell'articolo 2222 del Codice civile, ... devono:

- a) utilizzare attrezzature di lavoro in conformità alle disposizioni di cui al titolo III;
- b) munirsi di dispositivi di protezione individuale ed utilizzarli conformemente alle disposizioni di cui al titolo III; ...”

In ogni caso la società Alfa ha sempre adempiuto all'obbligo di sicurezza che è previsto anche nei confronti dei lavoratori autonomi, infatti, ha costantemente garantito il minimo di tutela e sicurezza, così come previsto proprio per i lavoratori come i riders dal d. lgs. 81/2015 Capo V bis, e ciò tanto basta a escludere che possa avere valore sintomatico della subordinazione la circostanza che la società Alfa abbia loro fornito i suddetti DPI.

Invero ricordiamo che la società Alfa non ha mai tardato di un solo giorno a consegnare i dispositivi di protezione individuale. Ancor più, nonostante la scarsa reperibilità di alcuni DPI, quali mascherine, gel disinfettanti, dovuta all'emergenza pandemica, la consegna è sempre stata rispettata. La società non può essere in alcun modo accusata per tale motivo.

Sull'obbligo del Green Pass

In ordine alla comunicazione all'obbligo di green pass la società si è limitata a informare Tizio del contenuto del d.lg 127/2021 (convertito in legge n.165/2021) che prevede l'obbligo per tutti i soggetti che svolgono, a qualsiasi titolo attività lavorativa, l'obbligo di green pass.

Tra l'altro la società ha comunicato a Tizio che le sanzioni eventualmente previste sono quelle amministrative.

In alcun modo la società ha posto in essere un licenziamento disciplinare, ma è piuttosto il lavoratore che, in totale libertà e in piena autonomia, ha deciso, da quel momento, di non svolgere più la prestazione lavorativa presso la società Alfa. E di conseguenza

quest'ultima ha disattivato il suo account, senza che Tizio successivamente abbia comunicato alla società di aver regolarizzato la sua posizione in ordine al Green Pass.

Non configurabilità del licenziamento

Per quanto riguarda la contestazione circa il licenziamento illegittimo si sottolinea che non sussistendo un rapporto di lavoro subordinato di conseguenza non è possibile configurare la fattispecie del licenziamento. Solo in presenza di subordinazione si affronta il tema del licenziamento, subordinazione che qui viene a mancare.

Occorre precisare che Tizio ha deciso in piena autonomia di non svolgere più la prestazione lavorativa in favore della società Alfa.

Si precisa che la *disattivazione dell'account* non può intendersi come fatto che integra un provvedimento disciplinare, anche nella più grave tipologia di provvedimenti disciplinari che è il licenziamento: i provvedimenti disciplinari sono configurabili, infatti, solo dopo che si sia concluso il procedimento di qualificazione della fattispecie concreta nel senso della subordinazione: solo dopo questa fase tali provvedimenti si potrebbero qualificare come disciplinari e solo a questo punto se ne potrebbe contestare la eventuale illegittimità.

La stessa sentenza del **Tribunale di Palermo sez. lav., 24/11/2020, n.3570** ha potuto qualificare il *definitivo distacco dell'account del rider come licenziamento* solo dopo aver concluso nel senso della qualificazione del rapporto come subordinato. **“Qualificato, così, il rapporto di lavoro come rapporto di lavoro subordinato, per tutte le ragioni sopra evidenziate, ivi compresa quella consistente nell'esercizio del potere latamente disciplinare esercitato dal datore di lavoro mediante ripetuti distacchi dalla piattaforma, omissione di ordini per periodi prolungati negli orari degli slot prenotati e definitivo distacco dell'account, quest'ultima condotta non può che qualificarsi come licenziamento, attesa la pacifica impossibilità per il ricorrente di rendere la prestazione lavorativa al di fuori della piattaforma.”**

È pur vero che il procedimento di qualificazione della fattispecie segue una direzione che procede dalla valutazione di elementi sintomatici della subordinazione, tra i quali può essere l'espletamento del potere disciplinare anche attraverso provvedimenti atipici; ma, nel caso di specie, è ampiamente dimostrato che le parti hanno dato attuazione nello svolgimento concreto del rapporto ad un contratto di prestazione d'opera ex art. 2222 CC.

La scelta del committente di disattivare l'account è stata piuttosto una legittima reazione alla decisione della controparte di non svolgere più la prestazione lavorativa dopo che, avendo ricevuto con preavviso di due giorni, le indicazioni sulle corrette modalità di esecuzione dell'attività (che implicavano l'utilizzo del Green Pass), questi ha manifestato espressamente l'intenzione di non volere proseguire il rapporto.

Peraltro, la controparte ricorrente avrebbe ben potuto informare la parte committente, anche attraverso vie alternative (ad esempio con e-mail), della circostanza di avere successivamente ottenuto il Green Pass o di avere almeno l'intenzione di attivarsi per ottenerlo, consentendo alla società Alfa di riattivare l'account momentaneamente sospeso. Alla società Alfa non risulta pervenuta nessuna comunicazione di alcun tipo dal prestatore Tizio. Si conferma e si rafforza così ulteriormente la prova circa la volontà di Tizio di cessare definitivamente il rapporto con la società.

Si aggiunge, inoltre, che, se il suddetto comportamento complessivo del prestatore Tizio (inequivocabilmente concludente nel senso di dar corso alla sospensione o alla cessazione del rapporto con la società Alfa) non bastasse a dimostrare la giustificazione della società Alfa di disattivare l'account (che sarebbe rimasto inutilizzato per scelta del prestatore stesso), appare comunque applicabile anche la disciplina dell'art. 2224 CC - Esecuzione dell'opera - *“Se il prestatore d'opera non procede all'esecuzione dell'opera*

secondo le condizioni stabilite dal contratto e a regola d'arte, il committente può fissare un congruo termine, entro il quale il prestatore d'opera deve conformarsi a tali condizioni.

Trascorso inutilmente il termine fissato, il committente può recedere dal contratto, salvo il diritto al risarcimento dei danni". Pertanto, il committente si sarebbe comunque trovato, per fatto del prestatore, nella legittima condizione di poter recedere unilateralmente dal rapporto.

In base alle suddette argomentazioni si esclude dunque che la società abbia potuto realizzare un licenziamento, e per di più, a carattere discriminatorio e ritorsivo avverso supposte attività sindacali del rider Tizio.

Inapplicabilità Art. 2 dlgs 81/2015

Come noto secondo l'Art 2, c.1:

"A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro prevalentemente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme anche digitali."

Nel sostenere ancor più fermamente la nostra tesi escludiamo in radice anche l'applicazione dell'art.2, c.1 del Dlgs.81/2015 per assenza di etero-organizzazione.

Si ribadisce infatti che il rider si avvalsesse, nello svolgimento della sua prestazione, di mezzi di sua proprietà quale lo smartphone e la bicicletta e il fatto che le prestazioni lavorative svolte dal rider potessero essere altrettanto eseguite da lui in propria autonomia.

Siamo in presenza di un lavoro autonomo, ma non si può applicare l'art 2 perché anche se è vero che l'art 2 si riferisce al lavoro autonomo non c'è in nessun caso un'organizzazione della prestazione lavorativa da parte della società o della piattaforma, e quindi non c'è nessun sintomo della subordinazione che comporti l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato.

Si ribadisce nuovamente che il lavoratore, nel caso specifico, prestava la propria attività nella propria autonomia avendo la libertà di scelta.

Anche nel caso specifico Alfa-Tizio ritroviamo alcuni aspetti:

è sempre ferma per il rider la possibilità di accettare (e dunque effettuare) o non accettare consegne nell'ambito dell'intero rapporto; non viene in nessun caso richiesto al rider di effettuare consegne o, neppure, essere disponibile a ricevere proposte per un periodo di tempo determinato; il rider non ha, pertanto, alcun obbligo al di fuori dell'eventuale svolgimento professionale e responsabile dei servizi accettati; il Rider è sempre libero nella medesima unità di tempo (ora o frazione di essa) di effettuare servizi per Piattaforme diverse, anche direttamente concorrenti tra loro (assenza di obbligo di diligenza e fedeltà).

Si precisa che anche se il Tribunale decidesse di qualificare il rapporto alla stregua di un rapporto etero-organizzato mancherebbe totalmente il requisito della esclusività della prestazione, requisito tipico della subordinazione che qui viene a mancare.

La ricorrente in concreto richiede l'applicazione del suddetto articolo e quindi l'attuazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

Pur tuttavia, non bisogna distogliere l'attenzione dal caso concreto.

Lo svolgimento del rapporto nel caso controverso non può essere considerato come continuativo.

La parte ricorrente non ha considerato, e neanche menzionato, questo aspetto fondamentale.

La società Alfa, si è invece premurata di far pervenire in giudizio la documentazione che attesta la non continuità e quindi l'occasionalità delle prestazioni lavorative.

Secondo la sentenza 3570/2020 del Tribunale di Palermo questo è un elemento determinante per la qualificazione del rapporto da verificare e provare in giudizio:

“Nella specie, sulla scorta della sopra esposta ricostruzione del rapporto e delle sue modalità di svolgimento, documentali e sulle quali peraltro le parti in larga parte concordano, risulta provato che il ricorrente nell'anno 2019 ha lavorato sostanzialmente tutti i giorni...per un numero di ore... mai inferiore a quattro, spesso vicino a otto ore e in alcune giornate... superiore a otto ore, mentre nel 2018, nei primi mesi del rapporto, aveva lavorato pure in modo continuativo, quasi tutti i giorni, con orario inferiore a quattro ore al giorno...”

“Anzitutto, come accennato, il carattere continuativo con cui è stata di fatto resa la prestazione con un orario nell'ultimo anno in media analogo a quello ordinario di un rapporto subordinato con il CCNL Commercio Terziario, applicato dalla convenuta...di otto ore al giorno e 40 ore settimanali.”

Dopo aver sopra richiamato la Sentenza di Palermo del 2020 è evidente che nei casi in cui, all'opposto, questo tipo di prestazioni lavorative risultino occasionali non si possa in alcun modo applicare l'art. 2 comma 1 del D. Lgs.81/2015.

Oltretutto si sottolinea che il ciclo-fattorino, nei periodi non lavorati presso la società Alfa, è stato evidentemente libero di eseguire prestazioni lavorative a favore di altri committenti, magari anche concorrenti. Appare ancor più evidente che l'obbligo di fedeltà ex art. 2105, tipico di un rapporto subordinato, non sia presente nel caso concreto. Il ciclo-fattorino non aveva nessun obbligo di esclusività della propria attività lavorativa nei confronti della società Alfa.

Significativo in tal senso è anche l'intervento del legislatore che nel 2019 ha introdotto con d.l. 101 il nuovo Capo V-Bis del D.lgs. 81/2015 ha previsto una serie di tutele a favore dei Ciclo-Fattorini che lavorano attraverso le piattaforme digitali, definendoli espressamente come lavoratori “autonomi”. Sovrapponendo le norme del suddetto Capo con l'art. 2 è proprio il carattere della continuità che manca.

Segnaliamo qui altri aspetti importanti e rimandiamo ai paragrafi della presente memoria difensiva per approfondimenti:

- Rispetto delle tutele del Capo V-Bis del D.Lgs. 81/2015;
- Applicazione CCNL Riders.

Capo V-bis - Tutela del lavoro tramite piattaforme digitali

Il fatto che l'art 2 d.lgs. n. 81/2015 offra una protezione imperfetta e incompleta, almeno per i lavoratori mediante piattaforme digitali, è dimostrata, del resto, dallo stesso intervento legislativo attuato mediante il decreto-legge n. 101/2019, che com'è noto ha introdotto nel d.lgs. n. 81/2015 un apposito Capo “V-bis” (art. 47bis e ss.) espressamente dedicato alla tutela dei ciclo-moto fattorini che consegnano beni in ambito urbano.

Punto decisivo della nuova disciplina è il passaggio che qualifica espressamente i riders come lavoratori “autonomi” (art. 47bis, comma 1, d.lgs. n. 81/2015) e, a questi, non è estensibile la disciplina del lavoro subordinato anche ove risultasse provata la natura etero-organizzata della prestazione, in ragione della clausola di esclusione “Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 2, comma 1”.

Se si tratta di riders che lo fanno a piedi, sia che si tratta di riders che consegnano in ambito extraurbano non si applica questo capo V bis del decreto 81. Si tratta di attività

espressamente indicate dalla norma. È dunque evidente che la previsione di una norma *ad hoc* per tali lavoratori autonomi rende ancor più evidente l'attenzione che il legislatore pone per tutelare i riders.

Sono stati infatti introdotti livelli minimi di tutela per tali lavoratori autonomi che svolgano attività di consegna di beni per conto altrui in ambito urbano e con l'ausilio di velocipedi o veicoli a motore anche attraverso piattaforme digitali. Ribadiamo che il campo di applicazione, quindi, è un settoriale perché si riferisce non ai riders in generale, ma è volto alla protezione di quei riders autonomi a cui fa riferimento il caso concreto.

Riportiamo di seguito alcuni articoli di primaria importanza in ambito di salvaguardia dei ciclofattorini per rendere ancora più evidente la presenza delle interessanti norme stipulate.

L'art. 47 *ter* - Forma contrattuale e informazioni - co 1 *"I contratti individuali di lavoro di cui all'articolo 47-bis sono provati per iscritto e i lavoratori devono ricevere ogni informazione utile per la tutela dei loro interessi, dei loro diritti e della loro sicurezza"*. Nel caso concreto, la norma è rispettata, infatti, sussiste la prova della forma scritta del contratto di prestazione d'opera stipulato dalle parti, nonché dell'avvenuta consegna all'inizio del rapporto di un manuale di istruzioni e della indicazione di informazioni che sono state rese al lavoratore fino alla fase più recente, quando la società Alfa chiedeva l'impiego del Green Pass quale strumento introdotto dall'Autorità di Governo a tutela della salute e sicurezza pubblica e delle attività di lavoro.

Tutela di salute e sicurezza di cui è responsabile anche il lavoratore che deve seguire le informazioni utili e i dispositivi DPI forniti dalla società Alfa a sostegno di quest'ultimo che ribadiamo essere autonomo.

L'Art 47 *quater* che rinvia ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali.

La regola generale è un divieto di cottimo, i lavoratori autonomi non possono essere pagati a consegna ma devono avere un compenso minimo orario parametrato sui contratti collettivi dei settori affini. A tale compenso deve essere aggiunta una indennità integrativa non inferiore al 10% per il lavoro svolto di notte, durante le festività o in condizioni metereologiche sfavorevoli. Questo fatto salvo l'intervento della contrattazione collettiva che deve determinare diverse modalità di determinazione del compenso.

L'Art 47 *quinquies* prevede poi l'applicazione della disciplina antidiscriminatoria prevista per i lavoratori subordinati e, secondo quanto anche afferma il legislatore, la piattaforma non può escludere un lavoratore o ridurre le occasioni di lavoro come ritorsione. Si ha un divieto che vale per il lavoro autonomo. Ulteriore ripetizione, non scontata, di quanto già riportato a conferma dell'assenza di atteggiamenti ostili verso il ricorrente Tizio e quindi la mancata ritorsione nonché licenziamento discriminatorio.

L'Art 47 *sexies* è norma sulla protezione dei dati personali. Dati personali che non vengono in alcun modo violati dalla piattaforma di cui si avvale la società Alfa.

L'Art 47 *septies* prevede al 1° comma la copertura assicurativa obbligatoria per questi lavoratori presso l'Inail. Al 3° comma prevede il rispetto della disciplina in materia di salute e sicurezza.

A quanto pare, siamo di fronte a una fattispecie non nuova, vale a dire che: l'estensione ai lavoratori autonomi di una serie di tutele tipiche non altera la qualificazione giuridica del contratto di lavoro, che rimane autonomo.

Applicabilità del CCNL Asso Delivery UGL

Si ricorda che il c.2 dell'art 2 del D.lgs. 81/2015 afferma che: il comma 1 non si applica *"alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono*

discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore” (lettera a, c.2).

In data 16 settembre 2020, AssoDelivery, quale associazione che rappresenta l'industria italiana del food delivery a cui aderiscono Deliveroo, Glovo, Just Eat, Social Food e Uber Eats e il sindacato UGL, ha firmato un Contratto Collettivo Nazionale del Lavoro che, per la prima volta in Europa, aumenta le tutele dei rider che operano come lavoratori autonomi nell'industria italiana del food delivery.

È bene ribadire che l'UGL (Unione Generale del Lavoro) è una organizzazione sindacale maggiormente rappresentativa che riconosce in via primaria la centralità della persona che lavora, nel caso concreto i riders. Proprio per rappresentare il mondo dei rider, il sindacato UGL ha costituito un'organizzazione rappresentativa e unitaria, denominata “UGL Rider”, dedicata ai lavoratori del settore. Il contratto rispecchia le indicazioni del “decreto Rider”, un intervento importante approvato l'anno scorso su impulso e volontà del Ministero del Lavoro.

Da sottolineare è che il CCNL Rider è oggi l'unico contratto collettivo esistente nel settore del food delivery grazie al quale il lavoro di oltre 30 mila rider si sono visti riconosciuti tutele che prima non avevano. Sono infatti stati previsti diritti e tutele nell'ambito del lavoro autonomo, tra cui: compensi minimi e indennità integrative per condizioni particolari di lavoro, un sistema di incentivi nelle città in cui la delivery è di recente introduzione e premi dopo un certo numero di consegne, fornitura gratuita di dotazioni di sicurezza, obbligo di formazione specifica e di coperture assicurative, sia contro gli infortuni sia per danni a terzi.

Nel caso di specie trova quindi applicazione il CCNL sottoscritto da Asso Delivery e UGL che qualifica i riders come *“lavoratori autonomi che decidono di svolgere attività di consegna di beni per conto altrui, sulla base di un contratto con una o più piattaforme”*.

Il CCNL per i riders, non solo conformemente alla legge 128 del 2019, ma soprattutto recependo l'istanza di migliaia di rider di vedersi riconoscere un contratto nazionale di riferimento e non essere relegati nell'ambito di contratti quali la logistica, cooperative o multiservizi, è pienamente legittimo e quindi trova applicazione al rapporto in essere. Di conseguenza anche questo dato ci consente di escludere l'applicabilità del rapporto di lavoro subordinato stesso.

Anche se il tribunale di Bologna con il provvedimento del 30 giugno 2021, secondo quanto riportato dalla controparte in difesa di Tizio, ha confermato illegittimità del contratto collettivo perché firmato con una controparte che non si può considerare rappresentativa, ribadiamo per tutte le sopradette questioni totalmente applicabile il CCNL AssoDelivery UGL.

Il contratto, anche se sottoscritto da una sola associazione sindacale, è pienamente legittimo e quindi trova applicazione al rapporto in essere. Di conseguenza anche questo dato ci consente di escludere l'applicabilità del rapporto di lavoro subordinato stesso.

Nel ribadire ancor più fermamente la nostra tesi, non si può infatti non tener in considerazione che l'UGL è riuscita a dare dignità e legalità a questa nuova categoria di lavoratori, quali i riders.

Diffusa su tutto il territorio nazionale, l'UGL, riconosce le varie peculiarità di ciascuna categoria settoriale, senza sfociare in alcun tipo di discriminazione in base al sesso, razza, etnia, opinioni politiche, religiose... tutelando i diritti dei lavoratori nel mondo del lavoro mettendo al centro la dignità della persona, tutelata dalla nostra Costituzione e da quest'ultima richiamata in vari articoli primo tra tutti l'Art 3 nonché, in ambito lavoristico l'Art 36 che recita: *“il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionata*

alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.”

Anche in virtù del c.2 e quindi dell'applicabilità del CCNL si esclude l'estensione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato al rapporto intercorso tra Tizio e la società Alfa.

CONCLUSIONI

Si ribadisce poi che:

- la società non ha in alcun modo violato l'esercizio del diritto di sciopero;
- non c'è stato inoltre alcun comportamento discriminatorio della piattaforma;
- che la società ha adempiuto agli obblighi in materia di sicurezza.

Alla luce di quanto sopra detto il rapporto è quindi in alcun modo riconducibile all'art 2094, ma si qualifica come rapporto di prestazione d'opera, ex art 2222.

TUTTO CIO' PREMESSO

In difesa della società Alfa, si conclude affinché il Tribunale di Pisa voglia rigettare tutte le domande avversarie perché infondate con vittoria di spese e compensi professionali.

ELABORATO DEGLI STUDENTI: LA DECISIONE DEL TRIBUNALE

L'atto è frutto del lavoro congiunto tra gli studenti Rosa Bonanno, Alessia Gianneccchini, Rocco Cali.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE
SEZIONE LAVORO

I Giudici del lavoro
alla pubblica udienza del 24.11.2021 ha pronunciato mediante pubblica lettura la seguente

SENTENZA

Nella causa civile in primo grado del Ruolo della Sezione controversie di lavoro

TRA

Tizio rappresentato e difeso dall'Avv. xx, yy, zz, cc **ricorrente-**

E

La Società Alfa rappresentato e difeso dagli Avv.ti Francesca Pellegrini, Claudia Falaschi, Simone Carrà, **-resistente-**

MOTIVI IN FATTO ED IN DIRITTO

Nella causa promessa con ricorso depositato da Tizio e dall'assegnazione dei termini per proporre eventuali contestazioni, il soggetto ricorrente chiede all'autorità giudiziaria di svolgere le proprie mansioni lavorative, contro i termini dettati nel comma 6 art. 3 del D.L. 127/2021 recanti misure urgenti per assicurare lo svolgimento in sicurezza del lavoro pubblico e privato mediante l'estensione dell'ambito applicativo della certificazione verde COVID-19 e il rafforzamento del sistema di screening. Il ricorrente effettua le sue funzioni lavorative mediante un software rilasciato dalla società e con il profilo personale accede alla piattaforma digitale affinché possa organizzare il proprio lavoro. Il turno di lavoro deve essere prenotato dal rider, con orario e giorno, stabiliti dallo stesso. La società fornisce uno smartphone al fine di controllare l'operato del ciclo-fattorino. La valutazione è basata su parametri di efficienza, esperienza consolidata, recensione dell'utente e dei vari partner convenzionati. Di seguito la disamina del rider si riduce a seguito di tali parametri:

- Comportamento non adeguato alla prestazione lavorativa o ad un ordine effettuato in maniera non idonea. Questa valutazione viene rilasciata da un partner e/o cliente;
- Non effettua o ritarda la registrazione sulla piattaforma;
- Posizione esterna alla mappa della città o connessione della piattaforma non sufficientemente corrispondente alla prestazione lavorativa;
- Termine di preavviso non congruo alla prenotazione della sessione di lavoro.

Nel corso della crisi pandemica Tizio informa la società della precarietà delle condizioni lavorative dei riders, chiedendo alla società Alfa e sollecitando affinché quest'ultima consegni loro dispositivi di protezione individuale, guanti monouso, gel disinfettanti e

prodotti a base alcolica per la pulizia della borsa termica in misura adeguata a sopperire il numero di consegne settimanali. Nel corso della crisi pandemica Tizio informa la società della precarietà delle condizioni lavorative dei riders, chiedendo alla società Alfa e sollecitando affinché quest'ultima consegna loro dispositivi di protezione individuale, guanti monouso, gel disinfettanti e prodotti a base alcolica per la pulizia della borsa termica in misura adeguata a sopperire il numero di consegne settimanali. La società non curante della richiesta e della immediatezza delle prestazioni dei rider consegna il materiale in modo tardivo.

Con DPCM del 12 ottobre 2021 è stato comunicato il giorno successivo a Tizio che dal prossimo 15 ottobre 2021 sarà necessario avere il c.d. Green pass per effettuare attività tramite la piattaforma. Il Green Pass è un'attestazione digitale introdotta nel 2021, durante la pandemia di COVID-19. Quest'attestazione digitale consente a chi ha ricevuto il vaccino contro il SARS-CoV-2 e a chi ha effettuato tampone rapido o molecolare negativo per 48 ore di avere accesso alle attività commerciali, agli uffici, alle piscine, alle palestre e agli alberghi e di svolgere il proprio lavoro. Tale certificazione è inoltre reperibile tramite tampone molecolare o rapido che fornisce l'esito entro un massimo di 48 ore.

Il contratto di prestazione d'opera aperto da Tizio con partita IVA e come richiesto dalla società e sancito dall'art. 2222 c.c. obbliga una persona a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del [committente](#), salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV come recita l'art. 1655 (appalto) che si differenzia dal contratto di lavoro autonomo poiché l'opera o il servizio possono essere compiuti anche con lavoro proprio o dei propri familiari, laddove l'appaltatore deve essere un imprenditore dotato di appositi mezzi.

L'articolo 2222 c.c. ha contenuto nozionistico, infatti fornisce la definizione di contratto d'opera delineandone:

- Prestazione di lavoro prevalentemente personale
- Assenza di vincolo di subordinazione
- Corresponsione di un corrispettivo

Ulteriormente a tutela della condizione economica del lavoratore l'art. 36 Cost stabilisce che ogni lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. L'art. 32 Cost sancisce il diritto alla salute come bene supremo rafforzato dal legislatore come da seguito il DPCM 12 ottobre 2021. Recante disposizioni sull'adozione delle linee guida in materia di condotta delle pubbliche amministrazioni per l'applicazione della disciplina in materia di obbligo di possesso e di esibizione della certificazione verde COVID-19 da parte del personale. Infine, nei principi fondamentali della nostra costituzione è indispensabile riconoscere a tutti i cittadini della Repubblica Italiana, il diritto al lavoro e promuovere le condizioni che ne rendano effettivo questo diritto.

Il citato D.L. 127/2021 inoltre specifica che tutti i lavoratori, privi di certificazione verde o di esenzione, devono essere considerati assenti ingiustificati fino alla presentazione della certificazione e non oltre il 31 dicembre 2021, data che segna la fine dello stato di emergenza.

L'assenza ingiustificata del lavoratore senza Green Pass sussiste perché il datore (o un delegato), dopo aver constatato l'assenza della certificazione verde, deve allontanare il dipendente dal posto di lavoro. L'assenza ingiustificata, data dalla mancata presentazione del Green Pass, non provoca conseguenze di natura disciplinare e il dipendente ha il diritto di conservare il proprio posto di lavoro. Si tratta di un caso

unicum, poiché si differenzia dalla normale assenza ingiustificata, poiché quest'ultima, se prolungata, può portare al licenziamento. Infatti, nel licenziamento per giusta causa le norme vigenti di diritto del lavoro non lasciano dubbi: ci si può assentare dal lavoro solo se è in gioco un valido e fondato motivo, che può essere una malattia o un permesso di cui alla legge. In ambo i casi, il lavoratore deve darne immediata notizia all'azienda o datore di lavoro. Ricavandolo dalla dottrina, possibilmente, deve farlo in anticipo rispetto alla data prevista in cui non potrà essere a lavoro, altrimenti lo stesso giorno dell'assenza.

Opportuno rimarcare che la giusta causa di licenziamento si manifesta in tutte quelle situazioni concrete in cui il comportamento messo in atto dal dipendente è tale da non permettere la prosecuzione "neanche provvisoria del rapporto di lavoro" (art. 2119 Codice civile). Ricorrendo alla giusta causa, viene a mancare quell'elemento di fiducia, tipico del rapporto di lavoro, a seguito del comportamento del dipendente.

Per questa categoria legale OPERAIO, come nella prospettiva del lavoro a distanza, si è incrementato il concetto di flessibilizzazione delle tutele applicate a determinati gruppi di lavoratori in un certo modo, che presentano alcune caratteristiche del lavoro interno. In questo caso, il lavoro tramite piattaforma finisce per rimodulare il confine dell'impresa, ben al di là dei modelli manageriali corretti. Il datore sembra non esserci, esiste una piattaforma.

Quindi la triangolazione piattaforma, lavoratore e cliente, rende questi rapporti di difficile trattazione giuridica. Controlla, infatti, molto pervasivamente il soggetto che lavora. Il legislatore rispondendo con la fattispecie del lavoro agile (L. 81/2017) che è una modalità di esecuzione della prestazione del lavoro subordinato ha previsto successivamente anche per i ciclo-fattorini, con la legge 128/2019, assimilando questo lavoro tramite piattaforma come qualificazione del CO.CO.CO, potendo applicare ai riders le tutele tipiche del lavoro subordinato secondo l'articolo 2094 cc. Come ritiene questa Corte, applica la normativa di riferimento, seppur non qualificandolo come lavoro autonomo dal punto di vista contributivo, retributivo, della salute e della sicurezza. Pertanto, il legislatore ha attuato una modulazione delle tutele estendendo il lavoro subordinato, che questo Tribunale ritiene subordinato all'80%, poiché si propone una nozione allargata di subordinazione fondata sul concetto di dipendenza, etero-organizzazione e direzione. Il concetto di flessibilità introdotto negli anni passati riguarda anche questo rapporto di lavoro, poiché per aumentare l'occupazione lavorativa si concedono meno garanzie sotto il profilo del rapporto di lavoro subordinato.

La sanzione, emessa nei confronti del lavoratore resosi responsabile di tale illecito, è variabile in rapporto alla gravità degli elementi concreti legati all'assenza. Ci riferiamo a:

- La condotta adottata dal lavoratore: il raider non ha effettuato la registrazione sulla piattaforma per le prestazioni lavorative;
- Il danno arrecato all'azienda, poiché non potrà contare sulla prestazione del ciclo-fattorino
- Numero delle volte in cui detta assenza ingiustificata è stata ripetuta.

In particolare, nel caso nel quale la giusta causa sia costituita dalla assenza ingiustificata del lavoratore dal servizio, come affermato dall'art. 5 della L. 604/1966 sui licenziamenti individuali, sul datore di lavoro grava l'onere di provare l'ingiustificata assenza nella sua oggettività, viceversa grava sul dipendente l'onere di dimostrare gli elementi che possono dare una giustificazione alla mancanza dal luogo di lavoro. In particolare, potranno rilevare le cd. cause di forza maggiore, determinando la non mancata impossibilità totale del Green passi di realizzare la prestazione contrattuale.

La prassi ci indica che il numero massimo di assenze ingiustificate oltre le quali scatta il licenziamento è disposto dal contratto collettivo. Tale corte ritiene che il contratto stipulato tra la confederazione UGL e asso delivery non è applicabile, poiché riferibile a una quota rappresentativa molto bassa.

L'assenza ingiustificata senza green pass, come previsto dall'art. 7 della legge 300/1970, non è possibile neanche fare un richiamo verbale nel casellario del lavoratore. Il lavoratore senza Green Pass non avrà conseguenze disciplinari, ma per il periodo di assenza ingiustificata:

- Non avrà retribuzione o altre indennità connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa (quelle legate alle sue mansioni, i premi di produttività e i buoni pasto);
- Non si matureranno ferie, permessi, anzianità di servizio, mensilità aggiuntive e trattamento di fine rapporto;
- I contributi a finanziamento della pensione non saranno versati;
- Non spetteranno detrazioni da lavoro dipendenti e il trattamento integrativo.

L'imposizione dell'obbligo da parte della società Alfa è regolata ad un atto avente forza di legge e dall'art.2 Cost dei diritti inviolabili dell'uomo, ma l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. In questi termini, all'indomani dell'entrata in vigore della legge 31 luglio n. 217 di conversione del decreto-legge 7 giugno 2017 n.73, decreto Lorenzin, concernente *disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale*, parte della dottrina ha ravvisato nel principio di solidarietà sociale il fondamento delle misure che sancivano l'obbligatorietà di alcuni vaccini.

Analogamente, in occasione della emergenza Covid, il rilievo del principio solidaristico in materia di vaccini obbligatori e, più in generale, in materia di misure di contenimento, è stato invocato a sostegno della prevalenza dell'interesse collettivo sulla componente individualistica del diritto, nella sua accezione di solidarietà orizzontale o "fraterna", distinta dalla solidarietà istituzionale o verticale, ovvero in una dimensione in cui i soggetti privati si adoperano a favore di altri soggetti ritenuti vulnerabili. Di fatti questa dimensione trascende la letterale formulazione dei doveri di solidarietà di cui all'art.2 Cost., saldamente ancorata al novero delle disposizioni giuridicamente coercibili, per ricondursi al singolo in quanto membro della collettività e in conseguenza del suo riconoscersi parte di una comunità. In questa prospettiva la percezione della doverosità della condotta individuale non muove da una imposizione, bensì dal convincimento che quel comportamento corrisponda ad un interesse sociale che si eleva a valore giuridico, indipendentemente dall'esserci o meno un obbligo.

Come segnalato dalla Corte EDU con la sentenza del 18 ottobre 2021 che rigetta il ricorso di 18.000 No Pass, i ricorrenti sostenevano che la legge sul green pass ha l'obiettivo di obbligare i cittadini a vaccinarsi e che il vaccino compromette la salute delle persone. Sul caso precedente Vavricka contro Repubblica Ceca con la quale i giudici di Strasburgo dichiaravano che l'obbligo vaccinale non entrava in conflitto con la tutela dei diritti umani, in particolare con l'art 8 della Convenzione Europea Dei Diritti Umani, la Corte ha rigettato il ricorso per il riscontro di due vizi di procedimento quali: Zambrano non ha presentato istanza presso un tribunale ordinario e, inoltre, non ha dimostrato che rivolgersi ad un tribunale francese sarebbe stato superfluo. Infine, il capo dei No Pass non è riuscito a dimostrare in che modo la legge sul green pass violi i suoi diritti.

Dal punto di vista sindacale, i sindacati CGIL, CISL, UIL pur se d'accordo con il governo all'introduzione del green pass nel settore pubblico e privato hanno chiesto, in data 15 settembre 2021, prezzi calmierati per i tamponi con la quale poter ottenere il rilascio della certificazione verde. Accolta questa proposta da parte del Premier Mario

Draghi si è inoltre affermato che l'estensione del green pass è lo strumento per incentivare ed estendere la vaccinazione.

Tale sezione del lavoro ritiene che la prenotazione delle prestazioni lavorative sull'applicazione mediante la piattaforma digitale, necessita di una regolamentazione affinché suddetta condotta venga svolta nel pieno rispetto della futura legislazione vigente.

La questione riguardante l'accertamento del diritto di sciopero regolato dall'art 40 Cost. nella interpretazione della fattispecie non si ravvisa, per l'esercizio di tale diritto la volontà di scioperare non è incompatibile con l'effettivo svolgersi del diritto stesso.

P.Q.M

Il Giudice del lavoro accoglie il ricorso di Tizio e pertanto:

- Ai sensi dell'art 2094 c.c., dichiara che tra le parti intercorre un rapporto di lavoro subordinato pieno e indeterminato, in quanto la prestazione risulta completamente organizzata dal committente senza tenere in considerazione dell'autonomia personale del lavoratore di scegliere il tempo e luogo della prestazione, dato che a differenza dei lavoratori autonomi, il rider non ha libertà di scelta della modalità di svolgimento della prestazione per la ragione che esso dipende da valutazioni negative e positive, date dai partner e dagli utenti per l'elaborazione dei turni delle sessioni di lavoro.

Con riferimento, inoltre, al carattere continuativo con cui è stata di fatto resa la prestazione, il monte ore svolto da aprile 2019 alla conclusione del contratto fa sì che quest'ultimo rientri nella media ordinaria di un rapporto subordinato più precisamente da inquadrare nel VI livello del C.C.N.L. terziario distribuzione e servizi.

- Condanna quindi la società Alfa alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, oltre che al pagamento di un'indennità risarcitoria pari alla retribuzione mensile che avrebbe percepito per il rapporto di lavoro qualificato come sopra.

- Condanna la Società Alfa all'accantonamento del TFR, al versamento dei contributi all'ente previdenziale, al riconoscimento delle ferie maturate, del premio di produttività, dei buoni pasto, dell'anzianità di servizio e delle mensilità aggiuntive (in particolare della tredicesima e quattordicesima)

- Rigetta la domanda di Tizio in riferimento al carattere discriminatorio della condotta datoriale, in quanto il fatto non sussiste. Poiché tale disposizione non dipende dalle politiche aziendali, bensì governative (DPCM 12 ottobre 2021)

- Condanna la società alfa al rimborso per le spese tenute da Tizio per l'acquisto di dispositivi di protezione individuale così come stabilito anche dal decreto-legge 18/2020 dove si precisa che l'onere di fornire questi dispositivi è soltanto a carico del datore. A sostegno di ciò troviamo anche una sentenza del tribunale di Venezia 4 giugno 2021

- Condanna al pagamento da parte della società Alfa delle spese di lite che includono il compenso professionale del difensore di Tizio.

Così deciso, 24.11.2021

Il Giudice del lavoro

CAPITOLO IV

DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E PROCESSUALE

(prof. Simone Marinai)

PRESENTAZIONE

Nel corso dell'insegnamento di diritto internazionale privato e processuale, le lezioni frontali – dedicate all'analisi delle principali problematiche concernenti la determinazione della legge applicabile, la giurisdizione competente ed il riconoscimento delle decisioni straniere – sono state integrate con lezioni a carattere seminariale.

Queste ultime sono state condotte con due diverse modalità.

Innanzitutto, sono stati organizzati incontri con tre rappresentanti del mondo delle professioni legali: un magistrato (il Dott. Fabrizio Nicoletti, Consigliere della Corte di Appello di Firenze), un notaio (il Dott. Simone Anzellotti, iscritto nel Ruolo del Collegio Notarile di Pisa), un avvocato (l'Avv. Carlo Isnardi, del Foro di Milano). Il confronto degli studenti e delle studentesse con tali professionisti ha consentito, da una parte, di meglio comprendere, mediante l'analisi di casi pratici, le modalità con cui affrontare e risolvere questioni con rilievo internazionalprivatistico; dall'altra, in considerazione del fatto che gran parte di coloro che hanno frequentato il corso erano ormai prossimi alla laurea, l'intervento dei predetti esperti è stato utile anche in un'ottica di orientamento in uscita.

Una seconda tipologia di lezioni a carattere seminariale ha visto come protagonisti quanti hanno frequentato il corso. A tal fine, sono stati individuati 15 diversi argomenti riguardanti singoli istituti di parte speciale (in particolare, gli argomenti attenevano a questioni internazionalprivatistiche concernenti: la filiazione; l'adozione; gli effetti in Italia del ricorso alla maternità surrogata; le controversie matrimoniali; i regimi patrimoniali tra coniugi; le obbligazioni alimentari; la celebrazione e gli effetti del matrimonio; i contratti di convivenza, le unioni civili ed i matrimoni contratti all'estero da persone dello stesso sesso; i diritti reali; le donazioni; le successioni; le obbligazioni extracontrattuali; i trasferimenti societari; le procedure di insolvenza). Ciascuno dei predetti argomenti è stato assegnato a gruppi di studentesse e studenti che, sulla base di ricerche svolte dopo aver ricevuto alcune indicazioni bibliografiche di partenza, hanno elaborato brevi componimenti che sono stati condivisi mediante la loro pubblicazione sulla piattaforma Microsoft

Teams del corso. Successivamente, le stesse ricerche sono state presentate dai rispettivi autori e discusse congiuntamente nel corso delle lezioni.

Da segnalare, inoltre, che ha partecipato attivamente ai seminari in questione anche un numero significativo di studenti e studentesse Erasmus ai quali è stato chiesto, nelle rispettive ricerche, di fare – ove possibile – un parallelismo tra la normativa internazionalprivatistica italiana e quella dell'ordinamento del rispettivo Paese di origine.

L'attività seminariale svolta ha quindi consentito, nel suo complesso, di stimolare la partecipazione dei frequentanti, l'attività di ricerca scientifica e l'analisi critica delle questioni giuridiche affrontate, l'abitudine a mettere per iscritto i risultati delle indagini svolte, la capacità di esporre in pubblico e discutere congiuntamente i temi affrontati.

I lavori svolti nel corso delle lezioni, pur apprezzabili, non erano peraltro concepiti per una pubblicazione. Nell'ambito del presente volume si è invece scelto di riprendere ed approfondire uno dei temi trattati nel corso dei seminari e di rielaborarlo sotto forma di articolo. Il compito è stato affidato ad Aurora Colosimo, studentessa che si è particolarmente distinta sia nel corso delle lezioni, sia in occasione dell'esame finale e che ha scelto di laurearsi con una tesi in diritto internazionale privato e processuale.

L'AUTONOMIA PRIVATA NEI REGIMI PATRIMONIALI FRA CONIUGI ALLA LUCE DEL REG. (UE) 2016/1103

di *Aurora Colosimo*

(febbraio 2022)

Abstract: il reg. (UE) 2016/1103 si inserisce nel processo di progressiva privatizzazione e contrattualizzazione delle relazioni familiari, portato avanti sia dalle Istituzioni dell'Unione europea che dal legislatore nazionale. In particolare, esso si propone di regolare tutti gli aspetti internazionalprivatistici legati ai regimi patrimoniali tra coniugi e, per agevolarli nella gestione dei beni, consente loro di scegliere la legge applicabile al loro regime patrimoniale, indipendentemente dalla natura o dal luogo ove sono siti i beni. Questa *optio legis* può riguardare solo leggi che presentano uno stretto collegamento con i coniugi in ragione della residenza abituale o della cittadinanza dei medesimi. Oggetto dell'indagine sarà, dunque, il ruolo che il regolamento riserva

all'autonomia privata nella determinazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali fra coniugi.

1. Considerazioni introduttive

Oggetto dell'indagine è l'analisi del ruolo della autonomia privata ai fini della determinazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali tra coniugi, alla luce del reg. (UE) 2016/1103¹.

L'argomento è di grande attualità data la continua crescita dei rapporti matrimoniali che presentano elementi di internazionalità nella società contemporanea. Infatti, per motivi di studio, lavoro, scelte di vita, le due persone coinvolte hanno spesso nazionalità diverse, hanno altrove la cittadinanza o divorziano in uno Stato diverso da quello di origine. Di conseguenza, può essere molto difficile individuare le autorità giurisdizionali competenti e le leggi applicabili alla situazione e al patrimonio di una coppia in quanto le norme variano notevolmente da uno Stato all'altro. Con l'adozione dei regolamenti 2016/1103 e 2016/1104, le istituzioni dell'Unione europea hanno disciplinato gli aspetti internazional-privatistici relativi ai regimi patrimoniali tra coniugi ed agli effetti patrimoniali delle unioni registrate l'Unione Europea si è dotata dei mezzi per offrire a queste coppie una maggiore certezza del diritto. Infatti, i regolamenti citati recano discipline speculari con l'obiettivo ultimo di attuare la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia, rispettivamente, di regimi patrimoniali fra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

Essi fanno parte di un insieme eterogeneo di strumenti volto al ravvicinamento o, addirittura, all'uniformazione delle legislazioni nazionali in materia di diritto della famiglia e che produce effetti particolarmente rilevanti nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, con una conseguente lenta erosione dell'esclusività nazionale in tale settore².

Si pensi, innanzitutto, alle norme che sono state adottate agli albori della Comunità europea, in una fase che può collocarsi temporalmente tra il Trattato di Roma del 1957 e quello di Maastricht del 1992, in attuazione delle politiche sulla libera circolazione delle persone e dei lavoratori oppure a quelle relative al diritto al ricongiungimento familiare intracomunitario. Si tratta di atti normativi

¹ Reg. (UE) 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi.

² In dottrina, I. QUEIROLO e L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari*, Torino, 2014, p. 164 ss; F. MAOLI, *Successioni, regimi patrimoniali tra coniugi e problemi di qualificazione in una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, n. 3, p. 676 ss.

che riconoscono ai familiari il diritto di trasferirsi e di stabilirsi con il lavoratore nello Stato in cui questo esercita la propria attività, oggi tutti incorporati nella Direttiva 2004/38/CE³.

Di primaria importanza è poi l'attività portata avanti dalle istituzioni dell'UE mediante l'adozione di regolamenti concernenti aspetti internazionalprivatistici della materia. In particolare, si pensi al reg. CE n. 1347/2000, c.d. Bruxelles II⁴, che ha avuto il merito di invertire la tradizionale prospettiva secondo cui il diritto di famiglia non interesserebbe l'integrazione europea⁵.

L'Unione europea ha poi adottato altri importanti testi normativi in materia di diritto della famiglia, tra i quali il reg. (UE) n. 1259/2010⁶, c.d. Roma III, ed il reg. (CE) n. 4/2009⁷.

Inoltre, con riferimento alle successioni *mortis causa*, è stato adottato, nel 2012, il reg. (UE) n. 650⁸ che ha disciplinato in modo tendenzialmente completo tutti gli aspetti internazionalprivatistici connessi al fenomeno successorio, dalla distribuzione della competenza giurisdizionale tra i giudici europei, all'individuazione della legge applicabile alla successione *mortis causa*, al riconoscimento ed all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici. Questo regolamento ha rappresentato un grande traguardo per le istituzioni europee, proprio in ragione della riscontrata difficoltà di conciliare le tradizioni giuridiche degli Stati membri in questo settore. Infatti, le successioni transfrontaliere originariamente erano regolate dalle discipline di diritto internazionale privato di ciascun paese, con due inconvenienti: la difficoltà per l'operatore giuridico di reperire e comprendere le normative estere da applicare e l'elevato rischio di conflitto tra le norme interne di ciascuno Stato⁹.

³ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, in G.U.C.E., l. 158 del 30 aprile 2004 che ha modificato il Regolamento (CEE) n. 1612/1968 ed abrogato le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE. Più recenti sono, invece, le norme adottate in materia di non discriminazione e di pari opportunità e condizioni di lavoro tra uomini e donne. In dottrina si veda, F. POCAR e I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, p. 288 ss.

⁴ Reg. (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, del 24 maggio 2000, concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli di entrambi, modificato dapprima dal reg. (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003 sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia di responsabilità genitoriale e in seguito dal regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori.

⁵ Si veda P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, Padova, 2004, p. 506.

⁶ Reg. (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, che ha dato il via alla cooperazione rafforzata sulla legge applicabile alla separazione legale e al divorzio.

⁷ Reg. (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

⁸ Reg. (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e all'accettazione e all'esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo.

⁹ Si veda, C. CAMPIGLIO, *La facoltà di scelta della legge applicabile in materia successoria*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 925 ss.; R. CLERICI, *I principi del diritto internazionale privato europeo delle successioni*, in P. PALCHETTI (a cura di), *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, Napoli, 2016, p. 241 ss.; L. FUMAGALLI, *Il sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale e il regolamento (UE) n. 650/2012 sulle successioni: spazi residui per la legge interna?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 779 ss.; F. MAOLI, *Successioni, regimi patrimoniali tra coniugi e problemi di*

Infine, il 29 Gennaio 2019 sono entrati in vigore i già citati regolamenti, che attuano una cooperazione rafforzata¹⁰ nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate¹¹. Ecco che si è aggiunto un altro importante tassello per la creazione di un diritto europeo della famiglia, con l'intento di consentire alle coppie transfrontaliere una più agevole sistemazione degli aspetti patrimoniali della loro unione, sia essa derivante da un matrimonio o da una unione registrata¹².

2. L'ambito di applicazione del regolamento (UE)

Abbiamo già osservato che il reg. (UE) 2016/1103 si propone di regolare tutti gli aspetti internazionalprivatistici dei regimi patrimoniali tra coniugi.

Prima di soffermarci sugli aspetti concernenti il ruolo dell'autonomia della volontà nella determinazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali fra coniugi, è necessario esaminare il campo di applicazione del regolamento.

Con riferimento all'ambito di applicazione territoriale, l'art. 70 par. 2 stabilisce che il regolamento si applica agli Stati membri che partecipano alla cooperazione rafforzata¹³.

Per quanto concerne, invece, l'ambito di applicazione *ratione personae*, il Considerando 14¹⁴ precisa che il regolamento dovrebbe applicarsi nel contesto di regimi patrimoniali tra coniugi con

qualificazione in una recente pronuncia della Corte di Giustizia, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2018, n. 3, p. 676 ss.

¹⁰ Sulle cooperazioni rafforzate l'art. 20 TUE dispone che su richiesta di almeno nove Stati, il Consiglio possa autorizzare che si attui una cooperazione rafforzata quando risulti che gli obiettivi ricercati non possono essere conseguiti dall'Unione europea nel suo insieme per la contrarietà di alcuni dei suoi membri. Inoltre, l'art 329 TFUE stabilisce che gli Stati membri che desiderano instaurare tra loro una cooperazione rafforzata in uno dei settori di cui ai trattati, eccetto i settori di competenza esclusiva e la politica estera e di sicurezza comune, trasmettono una richiesta alla Commissione precisando il campo d'applicazione e gli obiettivi perseguiti dalla cooperazione rafforzata prevista. La Commissione può presentare al Consiglio una proposta al riguardo. Qualora non presenti una proposta, la Commissione informa gli Stati membri interessati delle ragioni di tale decisione.

¹¹ Sulla tendenza a ricorrere all'istituto della cooperazione rafforzata nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile si veda F. POCAR, Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2011, p. 297 ss. Per una critica all'impiego di tale strumento si veda, invece, O. FERACI, Sul ricorso alla cooperazione rafforzata in tema di rapporti patrimoniali fra coniugi e fra parti di unioni registrate, in Rivista di diritto internazionale, 2016, p. 529 ss., dove si sottolinea che le cooperazioni rafforzate non realizzeranno un quadro normativo perfettamente uniforme a livello europeo, in quanto vincolano solo gli Stati che vi partecipano.

¹² Com'è noto, i due strumenti sono il frutto di un lungo *iter* legislativo avviato nel 2006 con la presentazione di un Libro verde sul conflitto di leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi nonché sulla delimitazione della competenza giurisdizionale e sul riconoscimento delle decisioni straniere. Sul punto, O. FERACI, L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano, in Osservatorio sulle fonti, 2017, n. 2, p. 3.

¹³ Come si ricava dal Considerando 11, gli Stati che hanno manifestato l'intenzione di instaurare tra loro una cooperazione rafforzata in materia di regimi patrimoniali delle coppie internazionali sono: Belgio, Bulgaria, Repubblica ceca, Germania, Grecia, Spagna, Francia, Croazia, Italia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovenia, Finlandia e Svezia. Inoltre, con lettera indirizzata alla Commissione nel marzo 2016, Cipro ha indicato la propria intenzione di partecipare all'instaurazione della cooperazione rafforzata.

implicazioni transfrontaliere. Con questa espressione ci si riferisce innanzitutto a coniugi che sono cittadini di Stati diversi. Tuttavia, potrà trattarsi anche di coppie che hanno la stessa cittadinanza, ma in presenza di un diverso elemento di estraneità che potrà essere rappresentato, ad esempio, dalla residenza abituale in uno Stato diverso al momento del matrimonio o della stipula dell'accordo che stabilisce o modifica il regime patrimoniale da essi prescelto; oppure, l'elemento di estraneità potrà sussistere nel caso di coppie nelle quali uno dei coniugi è titolare di beni che si trovano in uno Stato diverso da quello della sua cittadinanza o residenza abituale, ovvero ancora che si sono sposate in uno Stato diverso da quello di cui hanno la cittadinanza o hanno stabilito la residenza abituale.

Occorre precisare che il regolamento sui regimi patrimoniali tra coniugi non definisce né il concetto matrimonio, né quello di coniuge, con ciò conformandosi ad una consolidata scelta di politica legislativa europea¹⁵. Ecco che l'identificazione dei soggetti che possono unirsi in matrimonio resta, dunque, appannaggio di ciascuno Stato membro. Di conseguenza, come sottolineato in dottrina¹⁶, se ne ricava che il regolamento si applica anche ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, solamente nei Paesi ove tale tipo di vincolo coniugale sia ammesso dalla legge, oppure laddove l'ordinamento considerato attribuisca effetti a tale forma di matrimonio mentre, negli altri Stati membri, non se ne potrà invocare l'estensione degli effetti.

La stessa Corte di Giustizia, nel caso *Coman*, ha chiarito come la nozione di coniuge, ai fini delle norme di diritto dell'Unione europea in materia di libera circolazione e di soggiorno dei cittadini degli Stati membri e dei loro familiari, comprenda i coniugi dello stesso sesso¹⁷.

Diversamente dal regolamento sui regimi patrimoniali tra i coniugi, il reg. (UE) 2016/1104, all'art. 3, par. 1, detta una definizione di "unione registrata" precisando che la stessa consiste nel "regime di comunione di vita tra due persone, previsto dalla legge, la cui registrazione è obbligatoria a norma di legge e conforme alle formalità giuridiche prescritte da tale legge ai fini della sua creazione". La totale assenza di indicazioni testuali restrittive con riguardo al genere induce a

¹⁴ Una analoga previsione la si trova nel reg. (UE) 2016/1104 sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate.

¹⁵ Lo stesso silenzio lo troviamo nel regolamento n. 2201/2003 sulle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale; nel regolamento n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità e, ancora, il regolamento n. 1259/2010 in materia di legge regolatrice del divorzio e della separazione personale.

¹⁶ Si veda, G. V. COLONNA, Il regolamento europeo sui regimi patrimoniali tra coniugi, in *Notariato*, 2019, n. 3, p. 309 ss.

¹⁷ Corte di Giustizia, Grande Camera, sentenza del 5 giugno 2018, C-673/16, *Relu Adrian Coman c. Inspectoratul General pentru Imigrări e Ministerul Afacerilor Interne*. In dottrina, E. CHIARETTO, Libera circolazione dei coniugi dello stesso sesso nell'Unione europea, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2018, n. 12, p. 1759 ss; P. FARAGUNA, L'amore vince (e l'identità nazionale perde?): il caso *Coman* alla Corte di Giustizia, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 711 ss.; L. ZAPPALÀ, Nozione di "coniuge" sans phrase: la tutela dei diritti fondamentali delle same sex families, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, n. 4, p. 953 ss.

ritenere comprese nel campo di applicazione del regolamento anche le unioni registrate tra persone dello stesso sesso¹⁸.

L'ambito di applicazione *ratione temporis* è disciplinato dagli artt. 69¹⁹ e 70²⁰, dove si distingue tra applicabilità ed entrata in vigore del regolamento²¹.

3. Segue: l'esigenza di chiarire la nozione di regime patrimoniale in funzione della determinazione dell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento

Con riferimento all'ambito di applicazione *ratione materiae* una attenzione particolare va dedicata alla nozione di regime patrimoniale. Tale qualificazione è importante per poter comprendere se debba essere applicato il regolamento in esame piuttosto che altri regolamenti europei adottati nell'ambito del diritto della famiglia.

L'art. 2 del regolamento introduce una definizione autonoma di “regime patrimoniale tra coniugi”²² come “l'insieme delle norme che regolano i rapporti patrimoniali dei coniugi tra loro e rispetto ai terzi in conseguenza del matrimonio o del suo scioglimento”.

È evidente che l'ambito di applicazione sia molto vasto e composito. Pertanto, rientrano nella disciplina *de qua* tutti gli aspetti di diritto civile riguardanti tanto la gestione quotidiana, quanto la liquidazione del regime patrimoniale, in particolare in seguito a separazione personale, divorzio o

¹⁸ Cfr. Considerando 17: il presente regolamento dovrebbe disciplinare le questioni connesse agli effetti patrimoniali delle unioni registrate. La nozione di unione registrata dovrebbe essere definita ai fini esclusivi del presente regolamento; il suo contenuto specifico dovrebbe continuare ad essere definito dal diritto interno degli Stati membri. Nulla nel presente regolamento dovrebbe imporre a uno Stato membro la cui legge non prevede l'istituto dell'unione registrata di prevederlo nel diritto nazionale. In dottrina, G. V. COLONNA, Il regolamento europeo sui regimi patrimoniali tra coniugi, cit., p. 301.

¹⁹ Il presente regolamento si applica solo ai procedimenti avviati, agli atti pubblici formalmente redatti o registrati e alle transazioni giudiziarie approvate o concluse alla data o successivamente al 29 gennaio 2019, fatti salvi i paragrafi 2 e 3. Se il procedimento nello Stato membro d'origine è stato avviato prima del 29 gennaio 2019, le decisioni assunte dopo tale data sono riconosciute ed eseguite secondo le disposizioni del capo IV se le norme sulla competenza applicate sono conformi a quelle stabilite dalle disposizioni del capo II. Le disposizioni del capo III sono applicabili solo ai coniugi che hanno contratto matrimonio o che hanno designato la legge applicabile al loro regime patrimoniale successivamente al 29 gennaio 2019.

²⁰ Il presente regolamento entra in vigore al ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

²¹ Questo è stato fatto anche in altri strumenti di cooperazione giudiziaria in materia di famiglia come il reg. (UE) n. 650/2012 o il reg. (UE) n. 4/2009, non solo per lasciare il tempo necessario per acquisire dimestichezza con le nuove norme a tutti i soggetti dei vari ordinamenti, ma anche per dare modo agli Stati membri di modificare, ove necessario, il proprio diritto nazionale al fine di facilitare la corretta operatività del regolamento. Si veda in proposito Corte di Giustizia, 9 febbraio 2017, causa C-283, M. S. c. P. S., sul regolamento n. 4/2009 in tema di obbligazioni alimentari. In dottrina, F. MOSCONI e C. CAMPIGLIO, Diritto internazionale privato e processuale, Vol. 2, Torino, 2019, p. 113.

²² Inoltre, importanti indicazioni sono fornite dal Considerando 18, il quale precisa che il termine “regime patrimoniale tra coniugi” deve essere interpretato autonomamente e dovrebbe comprendere non soltanto le norme alle quali i coniugi non possono derogare ma anche le norme facoltative eventualmente concordate dai coniugi in conformità alla legge applicabile, nonché le eventuali norme dispositive della legge applicabile. Esso comprende non soltanto il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato da determinate legislazioni nazionali in caso di matrimonio, ma anche tutti i rapporti patrimoniali, tra i coniugi e rispetto ai terzi, che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di questo.

morte di un coniuge²³. Di conseguenza, ogni situazione giuridica di carattere patrimoniale non collegata all'esistenza di un vincolo coniugale, non può ritenersi compresa nell'ambito di applicazione del Regolamento.

L'individuazione di una nozione autonoma di regime patrimoniale è espressione di una tendenza ormai consolidata del diritto dell'UE ed è giustificata dall'esigenza di garantire l'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme contenute nei regolamenti che sono vincolanti per tutti gli Stati membri.²⁴

Nella qualificazione di regime patrimoniale, fondamentale è stato il ruolo della Corte di Giustizia che, soprattutto nell'esercizio della sua competenza interpretativa in sede di rinvio pregiudiziale, si è pronunciata sul punto per delimitare l'ambito di applicazione del reg. (UE) n. 1215/2012²⁵, precisando che “la nozione di regime patrimoniale fra coniugi comprende non solo il regime dei beni specificamente ed esclusivamente contemplato da determinate legislazioni nazionali in vista del matrimonio, ma pure tutti i rapporti patrimoniali che derivano direttamente dal vincolo coniugale o dallo scioglimento di questo”.

Si trattava di una controversia sorta tra il sig. Todor Iliev e la sig.ra Blagovesta Ilieva per la liquidazione di un autoveicolo, in seguito allo scioglimento del loro matrimonio. La Corte era giunta alla conclusione che l'articolo 1, paragrafo 2, lettera a), del reg. (UE) n. 1215/2012 debba essere interpretato nel senso che “una controversia come quella di cui al procedimento principale, relativa alla liquidazione, in seguito alla pronuncia di una sentenza di divorzio, di un bene mobile acquistato in costanza di matrimonio da coniugi cittadini di uno Stato membro, ma residenti in un altro Stato membro, rientri non già nell'ambito di applicazione di tale regolamento, bensì nell'ambito dei regimi patrimoniali fra coniugi e, quindi, delle esclusioni previste da detto articolo 1, paragrafo 2, lettera a)”²⁶.

Il regolamento (UE) 2016/1103 prevede, poi, al suo art. 1, l'esclusione di alcune materie dal suo ambito di applicazione²⁷.

²³ Per approfondimenti sul punto si veda G. V. COLONNA, I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate, in *Famiglia e diritto*, 2019, n. 8/9, p. 840 ss.

²⁴ Sul punto, si veda A. LAS CASAS, La nozione autonoma di “regime patrimoniale tra coniugi” del regolamento (UE) 2016/1103 e i modelli nazionali, in *Le nuove leggi civili commentate* 2019, n. 6, p. 1537, il quale sottolinea come ciò serva per mettere il diritto europeo al riparo da possibili variazioni interpretative dipendenti dalle tradizioni proprie di ciascuno Stato membro, tanto più probabili nel caso in cui le nozioni impiegate dal diritto UE richiamino concetti già noti agli ordinamenti interni.

²⁵ Reg. (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, il quale esclude dal proprio ambito di applicazione i regimi patrimoniali tra i coniugi, ai sensi dell'art. 1 par. 2 lett. a)

²⁶ Corte di Giustizia, ordinanza del 14 giugno 2017, C-67/17, *Iliev c. Ilieva*.

²⁷ Tra queste, troviamo, innanzitutto, ai sensi dell'art. 1 par. 1, le materie fiscali, doganale e amministrativa quale logico corollario della limitazione ai soli aspetti di diritto civile della materia di cui al Considerando 18. Parimenti, sono escluse le materie elencate al par. 2 dell'art. 1 e precisamente: la capacità giuridica dei coniugi; l'esistenza, la validità e

Una questione problematica concerne la differenza tra la nozione di regime patrimoniale e quella di obbligazioni alimentari, che sono escluse dall'ambito di applicazione del regolamento in esame e sono oggetto di uno specifico regolamento²⁸. Di questo aspetto si sono occupate numerose sentenze della Corte di Giustizia, che, pur essendo ormai risalenti e anteriori rispetto all'entrata in vigore del regolamento in esame, devono comunque essere considerate rilevanti ai nostri fini.

Si pensi, ad esempio, al caso *Van den Boogaard contro Laumen*²⁹. Si trattava di una controversia sorta tra il signor Van den Boogaard e la signora Laumen a proposito di una domanda diretta a far rendere esecutiva nei Paesi Bassi una sentenza pronunciata il 25 luglio 1990 dalla *High Court of Justice of England and Wales*.

Dal provvedimento di rinvio dell'*Arrondissementsrechtbank* di Amsterdam risulta che la *High Court* ha sciolto il matrimonio e si è inoltre pronunciata su una domanda accessoria di liquidazione globale proposta dalla signora Laumen³⁰.

Inoltre, con istanza proposta al presidente dell'*Arrondissementsrechtbank* di Amsterdam, la signora Laumen ha chiesto l'*exequatur* della sentenza inglese in base alla Convenzione dell'Aia 2 ottobre 1973 sul riconoscimento e sull'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari. A seguito dell'accoglimento dell'istanza, il signor Van den Boogaard ha proposto opposizione contro l'ordinanza di *exequatur*.

L'*Arrondissementsrechtbank* di Amsterdam, competente a statuire sull'opposizione, si è chiesto se la sentenza della *High Court* dovesse essere qualificata come "sentenza in materia di obbligazioni alimentari", nel qual caso l'*exequatur* sarebbe stato concesso a buon diritto, ovvero andasse considerata come una "sentenza in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi", nel qual caso la Convenzione dell'Aia non poteva costituire valido fondamento per il procedimento di *exequatur*.

Il giudice è giunto alla conclusione che le conseguenze della detta sentenza sui rapporti patrimoniali fra le parti erano tali da escludere che si trattasse di "una decisione in materia di obbligazioni alimentari" ai sensi dell'art. 1 della Convenzione dell'Aia. Pertanto, l'*exequatur* non avrebbe dovuto essere concesso in base a questa Convenzione.

il riconoscimento di un matrimonio; le obbligazioni alimentari; la successione a causa di morte del coniuge; la sicurezza sociale; il diritto di trasferimento o adeguamento tra coniugi, in caso di divorzio, separazione personale o annullamento del matrimonio, dei diritti a pensione di anzianità o di invalidità maturati durante il matrimonio e che non hanno generato reddito da pensione nel corso dello stesso; la natura dei diritti reali; qualsiasi iscrizione in un registro di diritti su beni mobili o immobili, compresi i requisiti legali relativi a tale iscrizione, e gli effetti dell'iscrizione o della mancata iscrizione di tali diritti in un registro.

²⁸ Si tratta del reg. (CE) 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari.

²⁹ Corte di Giustizia, sentenza del 27 febbraio 1997, C-220/95, *Van den Boogaard c. Laumen*. In dottrina, si veda Forner Delaygua, Joaquín J.: *Jurisprudencia española y comunitaria de Derecho Internacional Privado*, in *Revista española de Derecho Internacional*, 1998, p. 299 ss.

³⁰ Infatti, dal momento che quest'ultima desiderava una "rottura chiara e netta dei rapporti con il marito", il giudice inglese le ha assegnato un capitale al fine di rendere superfluo il versamento periodico di un assegno alimentare.

Il giudice olandese si è quindi chiesto se la Convenzione di Bruxelles del 1968 potesse servire da fondamento per l'ordinanza di *exequatur*, posto che i regimi patrimoniali sono esclusi dall'ambito di applicazione della suddetta convenzione, ma vi rientra, tuttavia, la materia delle obbligazioni alimentari³¹. Si chiedeva, inoltre, se in proposito fosse rilevante il fatto che il giudice originario abbia escluso l'applicazione di una convenzione matrimoniale ai fini della sua decisione.

A questo punto, ciò che è rilevante ai nostri fini è il fatto che secondo la Corte di Giustizia una decisione emessa in una causa di divorzio e che dispone il pagamento di una somma forfettaria e il trasferimento della proprietà di taluni beni da uno dei due ex coniugi all'altro deve considerarsi vertere su obbligazioni alimentari e, quindi, ricompresa nella sfera d'applicazione della Convenzione di Bruxelles se è diretta a garantire il sostentamento dell'altro ex coniuge. Il fatto che il giudice originario abbia escluso l'applicazione di una convenzione matrimoniale ai fini della sua decisione è irrilevante a questo proposito.

La Corte ha dunque chiarito il confine tra le due fattispecie: se dalla motivazione della sentenza risulta che una determinata prestazione è volta a garantire il sostentamento di un coniuge bisognoso o se le esigenze e le risorse di ciascun coniuge sono prese in considerazione per stabilirne l'ammontare, la decisione riguarda una obbligazione alimentare. Invece, quando la prestazione attiene unicamente alla ripartizione dei beni tra i coniugi la decisione concerne il regime patrimoniale³². Chiaramente, definire quando ci si trova di fronte all'una o all'altra fattispecie è fondamentale per individuare la normativa applicabile, nel caso di specie la Convenzione dell'Aia del 1973 ovvero la Convenzione di Bruxelles del 1968.

Il legislatore europeo ha, inoltre, previsto l'esclusione della successione a causa di morte del coniuge dall'ambito di applicazione del regolamento in esame. Infatti, con il reg. (UE) n. 650/2012 ha disciplinato in maniera organica i profili internazional-privatistici rilevanti per la materia delle successioni *mortis causa* e, consapevole delle difficoltà interpretative che sarebbero derivate dal coordinamento degli aspetti patrimoniali con quelli successori all'interno del nucleo familiare, ha precisato che esso non si applica alle "questioni riguardanti i regimi patrimoniali tra coniugi e i regimi patrimoniali relativi a rapporti che secondo la legge applicabile a questi ultimi hanno effetti comparabili al matrimonio".

³¹ In sostanza, con tale rinvio il giudice *a quo* si chiedeva se una decisione emessa in una causa di divorzio e che disponeva il pagamento di una somma forfettaria, oltre al trasferimento della proprietà di taluni beni da uno dei due ex coniugi all'altro, sia esclusa dalla sfera d'applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 in base all'art. 1, secondo comma, punto 1, di questa, in quanto si riferisce al regime patrimoniale fra coniugi, oppure possa rientrarvi in quanto relativa ad obbligazioni alimentari.

³² Per approfondimenti, si veda I. VIARENGO, *Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato comunitario*, in S. Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 225.

Sul rapporto tra il reg. (UE) n. 650/2012 e il reg. (UE) n. 2016/1103 si è pronunciata anche la Corte di Giustizia³³ in una nota sentenza avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 1371 BGB che prevede, in caso di decesso di uno dei coniugi, a favore del coniuge superstite, un conguaglio forfettario degli incrementi patrimoniali realizzati in costanza di matrimonio mediante maggiorazione della sua quota ereditaria. In questa pronuncia, la Corte ha ritenuto che una disposizione di questo tipo rientri nell'ambito di applicazione del reg. (UE) n. 650/2012.

Infatti, l' art. 1371 BGB è da tempo oggetto di una questione interpretativa, concernente proprio la sua appartenenza alla materia delle successioni *mortis causa* o del regime patrimoniale tra coniugi³⁴, dal momento che presenta evidenti collegamenti con il diritto delle successioni, in quanto si applica esclusivamente in caso di scioglimento del matrimonio per causa di morte, pur essendo inserita tra le norme del *Bürgerliches Gesetzbuch* dedicate ai regimi patrimoniali. Nella sentenza in esame, il giudice di Lussemburgo ha sottolineato la necessità di una interpretazione autonoma dei termini giuridici che ricorrono nel diritto europeo e ha evidenziato come l'istituto di cui all'art. 1371 BGB abbia come scopo principale la determinazione del *quantum* della quota di successione da attribuire al coniuge superstite e quindi concerne principalmente la successione del coniuge deceduto, perciò deve ricollegarsi alla materia successoria ai fini del reg. (UE) n. 650/2012.

4. I principi generali concernenti la determinazione della legge applicabile: il carattere universale delle norme di conflitto e l'unità della legge applicabile

La determinazione della legge applicabile ai regimi patrimoniali fra coniugi si basa su due principi generali.

Il primo è quello dell'applicazione universale³⁵.

Il secondo è quello dell'unità della legge applicabile³⁶.

Questi principi servono a garantire che il regime patrimoniale tra coniugi sia disciplinato da una legge in qualche modo prevedibile, con la quale la fattispecie presenta collegamenti stretti.

In particolare, il primo dei suddetti principi comporta che la legge individuata ai sensi del presente regolamento sia applicabile anche ove sia quello di uno Stato terzo, con ciò intendendosi sia uno Stato non membro dell'Unione europea, ma anche uno non partecipante alla cooperazione

³³ Corte di Giustizia, sentenza del 1 marzo 2018, C-558/16, *Doris Margret Lisette Mahnkopf*.

³⁴ Sul punto, F. MAOLI, Successioni, regimi patrimoniali tra coniugi e problemi di qualificazione in una recente pronuncia della Corte di Giustizia, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2018, n. 3, p. 677 ss.

³⁵ Si trova all'art. 20 del regolamento in esame che stabilisce che la legge designata come applicabile si applichi anche laddove non sia quella di uno Stato membro. Si tratta di una disposizione che ricorre nei regolamenti europei, per citarne alcuni: reg. (CE) 593/2008 (c. d. Roma I), reg. (UE) 650/2012 in materia di successioni, reg. (UE) n. 1259/2010 (c. d. Roma III).

³⁶ Si veda l'art. 21 reg. (UE) 2016/1103.

rafforzata. Esso si basa sulla constatazione per cui il diritto applicabile al regime patrimoniale di un matrimonio transfrontaliero (o agli effetti patrimoniale di analoga unione registrata) viene così univocamente individuato³⁷, consentendo a tutti i giudici di essere in grado di reperire agevolmente la regola da applicare al caso concreto³⁸.

Il secondo principio è quello dell'unità della legge applicabile, la quale, di conseguenza, disciplina la totalità dei beni rientranti in tale regime, indipendentemente dal luogo in cui essi si trovino. Ciò significa, innanzitutto, che la decisione relativa al regime patrimoniale potrà essere adottata sulla base di un'unica normativa per la totalità degli *assets* che lo compongono senza che sia possibile assoggettarne alcuni ad una diversa disciplina. È anche vero che, in sede di redazione del regolamento, l'opzione di individuare una disciplina di conflitto *ad hoc* per i beni immobili, era stata discussa argomentando dal principio diffuso della *lex rei sitae*. Tuttavia, si è preferito il principio in esame per evitare le difficoltà derivanti dall'applicazione di leggi diverse in base alla natura dei beni coinvolti. Infatti, il vantaggio di questo sistema, c.d. unitario, rispetto a quello c.d. scissionista, è intuibile: si pensi alle difficoltà che potrebbe incontrare un creditore che si trova ad agire nei confronti di coniugi proprietari di beni, mobili e immobili, ubicati in Stati diversi, oppure, la difficoltà degli stessi coniugi qualora volessero procedere alla divisione dei beni medesimi³⁹.

5. Le leggi che possono essere oggetto della scelta delle parti: la legge di residenza abituale e la legge di cittadinanza

Il regolamento 2016/1103 dedica un ruolo preminente alla scelta della legge applicabile ad opera delle parti, sulla scia di una più generale tendenza alla valorizzazione dell'autonomia privata nel diritto internazionale privato dell'Unione europea.

³⁷ Va precisato che il rinvio alla legge di un qualsivoglia Stato è da intendersi alle sole norme giuridiche in vigore in quello stato i.e. le norme materiali, ad esclusione delle norme di diritto internazionale privato. Si esclude, quindi, l'operatività del meccanismo del rinvio, il che fa sì che non ci siano soluzioni di continuità con gli altri regolamenti europei sulla legge applicabile dettati in tema di obbligazioni e di diritto di famiglia. Si veda l'art 32 reg. (UE) 2016/1103.

³⁸ In dottrina, si veda G. V. COLONNA, Il regolamento europeo sui regimi patrimoniali tra coniugi, cit., p. 305. Per una critica a tale principio si veda, invece, P. BRUNO, I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate, Milano, 2019, p. 176 ss, secondo il quale il principio universalistico può portare il giudice in concreto a doversi confrontare con un tessuto normativo potenzialmente sconosciuto: tanto accadrà quando la legge individuata dal regolamento sarà quella di uno Stato terzo e dunque il giudice si troverà ad applicare delle regole con le quali non ha dimestichezza; E. CALÒ, in Variazioni sulla *professio iuris* nei regimi patrimoniali delle famiglie, in Rivista Notarile, 2017, fasc. 6, secondo il quale una scelta legislativa di questo tipo, pur essendo rispettosa dell'identità culturale degli stranieri presenti in Italia, consentendo loro di applicare al regime patrimoniale la legge dello Stato di provenienza, finisce per immettere in Italia una vera e propria "giungla normativa", in quanto non si può ragionevolmente pensare che i regimi patrimoniali si riducano alla sola scelta fra separazione e comunione: ogni regime ha una sua logica interna e soprattutto delle regole proprie in materia di atti acquisitivi e dispositivi e di pubblicità, una logica che non sempre può essere trasposta agevolmente nel nostro sistema.

³⁹ Si veda, G. V. COLONNA, Il regolamento europeo sui regimi patrimoniali tra coniugi, cit., p. 306 ss.

Secondo quanto previsto nel regolamento in esame, i coniugi o i nubendi possono designare o cambiare⁴⁰ di comune accordo la legge applicabile al loro regime patrimoniale, a condizione che tale legge sia la quella dello Stato di residenza abituale dei due coniugi o nubendi, o di uno di essi, al momento della conclusione dell'accordo ovvero la legge dello Stato di cui uno dei coniugi o nubendi ha la cittadinanza al momento della conclusione dell'accordo⁴¹.

Ecco che sono due le leggi che astrattamente possono essere oggetto di scelta: la legge del luogo di residenza abituale dei coniugi o nubendi, o anche di uno solo di essi al momento della conclusione dell'accordo; ovvero la legge dello Stato di cui una delle parti ha la cittadinanza, al momento della conclusione dell'accordo⁴². Chiaramente, la legge che richiama la cittadinanza si presta ad essere più agevolmente individuabile rispetto a quello della residenza abituale, che pure negli ultimi anni ha assunto connotazioni più definite.

In particolare, con riferimento al criterio della residenza abituale è importante sottolineare la progressiva rilevanza che esso ha assunto negli ultimi decenni, non solo nei trattati inerenti la materia della famiglia elaborati in seno alla Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato⁴³, ma soprattutto nelle norme di conflitto europee.

Il problema che si pone è, evidentemente, quello della *concretizzazione* di questo criterio dal momento che non si ha una definizione generale volta ad identificarne gli elementi caratterizzanti rispetto alla residenza *tout court*. La nozione di residenza abituale si articola in un duplice momento: uno quantitativo, rappresentato dalla durata temporale della permanenza e uno qualitativo, costituito dalla natura e dalle caratteristiche del soggiorno⁴⁴. Con particolare riferimento ai rapporti familiari, la Corte di Giustizia si è occupata varie volte del concetto di residenza abituale. Si pensi ad un noto caso risalente al 2010⁴⁵, in cui la Corte doveva accertare quale fosse la residenza abituale di una neonata di due mesi che era stata portata dalla madre dall'Inghilterra all'isola della Riunione, in seguito alla separazione di questa dal suo compagno⁴⁶. Ciò che è importante ai nostri fini è che, secondo la Corte di Giustizia, per determinare la residenza abituale è necessario valutare

⁴⁰ L'impiego del verbo "cambiare" esplicita l'accoglimento da parte del regolamento del principio della mutabilità del regime patrimoniale tra coniugi, per effetto del potere non soltanto di stipulare convenzioni ma anche di modificarle tramite successivi accordi, eventualità quest'ultima già ammessa peraltro nell'ambito della l. 218/1995. In dottrina O. FERACI, L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione europea, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 424 ss.

⁴¹ Si tratta dell'art. 21 del reg. (UE) n. 2016/1103.

⁴² Tra tali leggi non vi è alcuna gerarchia, pertanto entrambe possono essere liberamente scelte dai coniugi.

⁴³ Si pensi alla Convenzione sulla protezione dei minori del 1996 o all'Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti del 2000.

⁴⁴ F. VISMARA, Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) n. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, n. 2, p. 362 ss.

⁴⁵ Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2010, C-497/10, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*.

⁴⁶ Non si trattava qui di sottrazione di minore in quanto la madre era l'unica titolare del diritto di affidamento

l'integrazione del minore nel nuovo ambiente familiare e sociale in cui si trova. Tuttavia, dato che nel caso di specie si trattava di una neonata, la Corte ha ritenuto di dover far riferimento all'integrazione familiare della madre che se prende cura. Ecco che, secondo il giudice del Lussemburgo, dovrebbero essere prese in considerazione le ragioni del trasferimento della madre nello Stato della nuova residenza, l'origine della madre, nonché i loro rapporti familiari e sociali nel nuovo Stato di residenza, in modo da determinare l'integrazione familiare della madre in quel luogo. La Corte di Giustizia ha poi evidenziato che il regolamento non prevede una durata minima della residenza e, di conseguenza, per il trasferimento della residenza abituale nello Stato membro ospitante conterebbe "soprattutto la volontà dell'interessato di fissarvi, con l'intenzione di conferirgli carattere stabile, il centro permanente o abituale degli interessi"; questa volontà potrebbe esprimersi in particolare nel prendere in locazione un appartamento. La durata del soggiorno potrebbe quindi fungere soltanto da "indizio nell'ambito della valutazione della stabilità della residenza".

Dalla vasta giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla residenza abituale, come sottolineato in dottrina⁴⁷, si ricava comunque che non ne esiste al momento una nozione unitaria, di conseguenza essa deve essere di volta in volta determinata dai singoli giudici, tenuto conto delle specificità del caso concreto⁴⁸.

Infatti, il criterio della residenza abituale ha come *ratio* quella di favorire l'integrazione dei cittadini europei per il buon funzionamento del mercato unico e assicurare la libera circolazione delle persone in tutti gli Stati membri⁴⁹.

6. I requisiti dell'accordo delle parti e la legge applicabile in mancanza di *optio legis*

Con riferimento ai requisiti dell'accordo sulla scelta della legge applicabile, l'art. 23 del regolamento ne prevede tre: innanzitutto deve essere redatto per iscritto, deve essere datato e,

⁴⁷ R. HAUSMANN, Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n. 3/2015

⁴⁸ In questo senso si esprime anche il Considerando 23 del reg. (UE) n. 650/2012.

⁴⁹ Il criterio della residenza abituale ha sia una base "costituzionale" sia una base "empirico-valutativa". Con riferimento alla prima, si veda l'art. 18 TFUE dove, al par. 1, si afferma: "nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità", ma anche l'art. 26 TFUE che stabilisce: "il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati". Inoltre, è significativo anche l'art. 45 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, dove si dice: "ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri". Con riferimento alla base "empirico-valutativa" si intende il fatto che, statisticamente, la residenza abituale coincide col centro di interessi del defunto.

infine, firmato da entrambi i coniugi⁵⁰(si considera equivalente alla forma scritta “qualsiasi comunicazione elettronica che consenta una registrazione duratura dell’accordo”). Oltre a questi requisiti formali⁵¹, è possibile che ne debbano essere osservati altri laddove lo esiga la legge dello Stato membro nel quale, al momento dell’accordo, entrambi i coniugi hanno la residenza abituale⁵². Inoltre, l’esistenza e la validità di tale accordo vanno accertate in base alla legge che sarebbe applicabile se la scelta fosse valida⁵³.

Inoltre, la volontà delle parti può divenire un fattore di variabilità⁵⁴ laddove esse pongano in essere la scelta di una nuova legge. L’*electio iuris* può manifestarsi infatti in qualunque momento in costanza di matrimonio, così come prima o al momento del matrimonio stesso. Questa possibilità è il riflesso del principio di mutabilità del regime patrimoniale per effetto del quale i coniugi possono modificare detto regime attraverso la stipula di una convenzione o di altro accordo analogo che ha effetti solo per il futuro, salvo diverso accordo tra le parti; nondimeno, laddove i coniugi abbiano deciso per un effetto retroattivo della legge applicabile, tale cambiamento non pregiudica i diritti dei terzi⁵⁵.

Nel caso in cui l’accordo tra le parti non si limiti soltanto alla determinazione della legge applicabile, ma intenda disciplinare *in toto* il regime, allora assume la natura di *convenzione matrimoniale*: ad essa verranno applicati gli stessi parametri di individuazione della legge

⁵⁰ Vale la pena sottolineare che nonostante l’art. 23 si riferisca espressamente solo ai coniugi, questa espressione deve considerarsi riferita anche ai futuri coniugi dato che l’articolo precedente consente di effettuare l’*optio legis* anche ai nubendi.

⁵¹ Reg. (UE) 2016/1103, art. 23.

⁵² I par. 3 e 4 art. 23 prendono in considerazione due ipotesi ulteriori: se al momento della conclusione dell’accordo, la residenza abituale dei coniugi si trova in Stati membri diversi e se la legge di tali Stati prevede requisiti di forma differenti per le convenzioni matrimoniali, l’accordo è valido, quanto alla forma, se soddisfa i requisiti della legge di uno dei due Stati; se, al momento della conclusione dell’accordo, uno solo dei coniugi ha la residenza abituale in uno Stato membro e se tale Stato prevede requisiti di forma supplementari per le convenzioni matrimoniali, si applicano tali requisiti.

⁵³ Si veda l’art. 24 reg. (UE) n. 2016/1103, par. 1. Tuttavia, ai sensi del par. 2, un coniuge, al fine di dimostrare che non ha dato il suo consenso, può riferirsi alla legge del paese in cui ha la residenza abituale nel momento in cui l’autorità giurisdizionale è adita, se dalle circostanze risulta che non sarebbe ragionevole stabilire l’effetto del suo comportamento secondo la legge individuata ai sensi del par. 1. Questa disposizione intende garantire la c.d. scelta informata e serve pertanto a scongiurare il rischio di abusi di un coniuge a danno dell’altro. Essa allinea ad altri meccanismi correttivi previsti nel diritto internazionale privato della famiglia applicabile nell’Unione europea, e.g. l’art. 8 del Protocollo dell’Aja del 2007 che persegue anch’esso obiettivi di giustizia materiale, prevedendo che, a meno che le parti non siano state pienamente informate e coscienti delle conseguenze della loro scelta al momento della designazione, la legge scelta non si applica quando essa comporta conseguenze manifestamente inique o irragionevoli per una di esse.

⁵⁴ I. VIARENGO, Effetti patrimoniali delle unioni civili transfrontaliere: la nuova disciplina europea, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 2018, n. 1, p. 50.

⁵⁵ Si tratta dei commi 2 e 3 dell’art. 22 del reg. (UE) 2016/1103: “2. salvo diverso accordo, il cambiamento della legge applicabile al loro regime patrimoniale o agli effetti patrimoniali della loro unione registrata deciso nel corso dell’unione ha effetti solo per il futuro. 3. Qualunque cambiamento retroattivo della legge applicabile ai sensi del paragrafo 2 non pregiudica i diritti dei terzi derivanti da tale legge”.

applicabile in punto di requisiti formali e gli stessi requisiti di validità, previsti per il suddetto accordo⁵⁶.

Invece, nel caso in cui non ci sia stato alcun accordo o convenzione fra le parti, gli effetti patrimoniali saranno regolati, dalla legge dello Stato con cui i coniugi presentino il collegamento più stretto tenuto conto di tutte le circostanze⁵⁷; in via eccezionale e su richiesta di una delle parti tale autorità competente potrà decidere che sia la legge di un altro Stato a disciplinare gli effetti patrimoniali, a condizione che esse vi avessero l'ultima residenza abituale comune per un periodo di tempo significativo, ovvero che si tratti della legge su cui le parti abbiano fatto affidamento per organizzare o pianificare i loro rapporti patrimoniali⁵⁸. Come sottolineato in dottrina⁵⁹, si riscontrano in tale ultima disposizione evidenti lacune suscettibili di successiva definizione in sede applicativa. Infatti, non è chiaro come e dove la richiesta di una delle parti venga avanzata, né come e dove la successiva ed eventuale decisione dell'autorità giudiziaria si esprima a favore della diversa legge indicata.

Degna di nota è, inoltre, la soluzione adottata per i casi di coniugi con doppia o multipla cittadinanza: se tra essi non vi è accordo sulla legge applicabile, si potranno applicare solo gli altri due criteri di collegamento, ovvero quelli legati alla residenza. Tale regola codifica una giurisprudenza della Corte di Giustizia che conferma il ruolo preminente accordato al criterio della residenza abituale nel sistema del diritto internazionale privato dell'UE, ritenuto maggiormente idoneo ad individuare l'ambiente sociale nel quale la coppia è effettivamente integrata⁶⁰.

Da questo quadro risulta evidente come l'intento delle istituzioni dell'Unione europea sia stato principalmente quello di valorizzare l'effettività della vita sociale, economica ed affettiva dei coniugi.

7. La tutela dei terzi a fronte dell'esercizio dell'autonomia della volontà delle parti

Le conseguenze patrimoniali del regime di un matrimonio sono importanti, prima di tutto, per gli stessi coniugi, in quanto mettono in luce i rispettivi diritti e doveri, ma la loro importanza va al di là dello specifico ambito familiare. È chiaro che i diritti, i doveri, ma anche il tipo di responsabilità dei coniugi possono variare considerevolmente in funzione del diritto concretamente applicabile alla

⁵⁶ Sulle convenzioni matrimoniali si veda C. M. BIANCA, *Diritto civile*, Vol. II, p. 61 ss.; P. BRUNO, *I regolamenti europei sui regimi patrimoniali dei coniugi e delle unioni registrate*, 2019, p. 33 ss.

⁵⁷ Si veda l'art. 26 reg. (UE) 2016/1103.

⁵⁸ Più lineare è il criterio legale per l'individuazione della legge applicabile in mancanza di scelta delle parti dell'unione registrata: si tratta, infatti, della legge dello Stato ai sensi della cui legge l'unione registrata è stata costituita. Si veda, G. DONADIO, *Gli accordi per la crisi di coppia tra autonomia e giustizia*, Torino, 2020, p. 125 ss.

⁵⁹ E. MALAGOLI, *Regime patrimoniale dei coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni civili: i Regolamenti UE "gemelli"* n. 2016/1103 e n. 2016/1104, in *Contratto e impresa/Europa* 2/2016, p. 835.

⁶⁰ G. V. COLONNA, *Il regolamento europeo sui regimi patrimoniali tra coniugi*, cit., p. 305 ss.

vicenda. Si pensi, dunque, alla posizione di un eventuale terzo avente causa da uno o da entrambi gli sposi. Ecco che il legislatore europeo ha approntato un sistema di tutele minime per i terzi⁶¹.

In particolare, il sistema approntato dal reg. (UE) 2016/1103 si basa sul combinato disposto dell'art. 22 comma 3 e dell'art. 28. In base a queste disposizioni, ai terzi non può essere opposto il mutamento di regime giuridico del matrimonio, salvo che gli stessi non ne fossero a conoscenza o l'abbiano colpevolmente ignorata. In questo caso, gli effetti del regime patrimoniale sono disciplinati in base alla legge dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra le parti oppure dalla *lex rei sitae* in caso di beni immobili o mobili registrati. Inoltre, qualunque cambiamento retroattivo della legge applicabile, voluto per accordo dei coniugi, non pregiudica i diritti dei terzi. Di conseguenza, la tutela del terzo potrebbe passare attraverso l'applicazione della legge che regolava il regime patrimoniale prima della modifica.

Si individuano, poi, anche alcuni casi in cui è possibile presumere che il terzo fosse a conoscenza della legge applicabile al regime patrimoniale tra i coniugi a seconda che la *lex causae* rientri tra alcune leggi individuate dal legislatore europeo e che abbiano un certo grado di collegamento con il terzo⁶², oppure che i coniugi abbiano adempiuto a taluni oneri in materia di pubblicità o registrazione del regime patrimoniale⁶³.

8. Verso una contrattualizzazione delle relazioni familiari

In origine, la volontà delle parti ha svolto nel diritto internazionale privato dell'Unione europea un ruolo piuttosto marginale.

Di pari passo con l'entrata in vigore dei vari regolamenti europei in materia di diritto internazionale privato, si è poi registrata una sempre maggiore rilevanza della volontà delle parti, non solo nella determinazione della legge applicabile ad una fattispecie che presenta elementi di estraneità, ma anche come criterio di giurisdizione⁶⁴.

⁶¹ Vale a dire che a queste si aggiungono, eventualmente, quelle specificamente previste dalle normative nazionali degli Stati membri.

⁶² Si presume che il terzo fosse a conoscenza della legge applicabile se si tratta della legge dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un coniuge e il terzo; ovvero della legge dello Stato in cui il coniuge contraente e il terzo hanno la loro residenza abituale; ovvero della legge dello Stato in cui sono ubicati i beni immobili.

⁶³ Si presume che il terzo fosse a conoscenza della legge applicabile al regime patrimoniale se uno dei coniugi ha adempiuto gli obblighi applicabili in materia di pubblicità o registrazione del regime patrimoniale tra coniugi prescritti o dalla legge dello Stato la cui legge è applicabile alla transazione tra un coniuge e il terzo; ovvero dalla legge dello Stato in cui il coniuge contraente e il terzo hanno la loro residenza abituale; o dalla legge dello Stato ove sono ubicati i beni immobili, ai sensi dell'art. 28 reg. (UE) 2016/1103.

⁶⁴ In dottrina si veda S. BARIATTI, Volontà delle parti e internazionalità del rapporto giuridico: alcuni sviluppi recenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sui regolamenti europei in materia di diritto internazionale privato, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, n. 3, p. 513 ss.

In particolare, la rilevanza della volontà come criterio di collegamento⁶⁵ si trova, ad esempio, nel regolamento Roma II che ammette una scelta della legge applicabile in materia di obbligazioni extracontrattuali⁶⁶, con l'intento di rafforzare la certezza del diritto⁶⁷.

Inoltre, anche regolamento Roma III ha attribuito all'autonomia privata un ruolo di primaria importanza introducendo la possibilità di scelta della legge regolatrice della separazione personale tra coniugi e lo scioglimento del matrimonio⁶⁸.

Ancora, il regolamento sulle successioni consente al defunto una scelta della legge che, a norma dell'art. 22 comma 1, può tuttavia essere fatta solo a favore della legge dello Stato di cui il *de cuius* ha la cittadinanza al momento della scelta o al momento della morte.

Il regolamento n. 2016/1103 si colloca sulla stessa linea dei regolamenti suddetti. In particolare, il legislatore europeo, per agevolare i coniugi nella gestione dei beni, ha consentito alle suddette parti di scegliere la legge applicabile al loro regime patrimoniale, indipendentemente dalla natura o dal luogo ove sono siti i beni⁶⁹. Questa *optio legis* può riguardare solo leggi che presentano uno stretto collegamento con i coniugi in ragione della residenza abituale o della cittadinanza dei medesimi. In questo modo, la soluzione normativa mira a soddisfare le esigenze di certezza del diritto, specie sotto il profilo della cristallizzazione della legge applicabile; di conseguenza, nell'ipotesi in cui in un momento successivo alla scelta, la connessione con l'ordinamento designato venga meno, la validità della scelta effettuata non viene in alcun modo compromessa.

Inoltre, anche il Reg. n. 2016/1104, relativo agli effetti patrimoniali delle unioni registrate, consente la *professio iuris*, assoggettandola però a due condizioni: al fine di preservare i partner da un vuoto giuridico, occorre che la legge scelta dalle parti attribuisca effetti patrimoniali all'istituto dell'unione registrata; in secondo luogo deve trattarsi di una delle leggi di cui al reg. (UE) 2016/1103, oppure della legge dello Stato ai sensi della quale l'unione registrata è stata costituita.

Tutto ciò ci consente di affermare che la scelta della legge applicabile viene considerata dal diritto internazionale privato dell'Unione europea come mezzo dell'autoassegnazione del singolo ad un

⁶⁵ Per un'analisi si vedano I. VIARENGO, Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato, in Rivista di diritto internazionale privato e processuale, 1996, n. 48, p. 262 ss.; KOHLER, L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme, in Recueil des Cours, t. 359, 2013, p. 398 ss.

⁶⁶ Si veda l'art. 14 reg. (CE) n. 864/2007

⁶⁷ Cfr. Considerando 31 reg. (CE) n. 864/2007.

⁶⁸ Si vedano gli artt. 5-7 in cui la volontà delle parti viene individuata come criterio di collegamento primario. Ciò fra l'altro consente ai coniugi di optare per una legge più favorevole da applicare al divorzio in modo da ottenerlo in tempi più rapidi. Tuttavia, l'autonomia privata viene limitata, nella scelta della legge applicabile, dalla speciale clausola d'eccezione di cui all'art. 10 del regolamento Roma III ossia quando la legge scelta non prevede il divorzio o non concede a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio.

⁶⁹ Cfr. Considerando 45, reg. (UE) 2016/1103.

ordinamento giuridico e, allo stesso tempo, come mezzo della regolamentazione privata dei propri rapporti giuridici⁷⁰.

Ecco che il singolo non è più oggetto, ma soggetto delle norme di conflitto.

Questa concessione di autonomia alle parti serve, da un lato, a garantire una certa flessibilità ma, dall'altro, crea anche una maggiore certezza giuridica in quanto fa venir meno l'incertezza sui criteri di collegamento che il giudice adito andrà ad applicare e, di conseguenza, agevola l'attività degli organi giudiziari degli Stati membri. Inoltre, permettere la scelta della legge nel diritto internazionale privato della famiglia e delle successioni promuove l'auspicabile mobilità dei cittadini all'interno del mercato unico europeo, mettendo gli interessati in condizione di adeguare, di volta in volta, la legge applicabile alla loro nuova "situazione ambientale"⁷¹.

Dunque, la rilevanza che, anche nell'ambito della legge applicabile, viene assegnata ad accordi o convenzioni tra le parti coinvolte mette in luce, come sottolineato in dottrina⁷², una chiara linea di politica legislativa volta a superare la storica pretesa dello Stato di intervenire nella crisi familiare ed ivi esercitare sovranità e giurisdizione, ponendo limiti alla stessa potestà normativa dello Stato o, in questo caso, dell'Unione, così come, alla potestà giurisdizionale affidata al giudice.

Perciò, è evidente l'intento del legislatore europeo di elevare l'autonomia privata a strumento di regolamentazione sia della vita in comune che degli aspetti conseguenti alla crisi familiare, segnando una ulteriore tappa del processo di privatizzazione e *contrattualizzazione* delle relazioni familiari.

La tendenza riscontrata a livello di diritto dell'Unione europea corrisponde, del resto, a quanto si può constatare anche a livello nazionale. In particolare, con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, ciò è evidente nella l. 162 del 2014⁷³ che individua nuovi strumenti alternativi di giustizia per tentare di ridurre il contenzioso nel settore della crisi coniugale. In particolare, si introducono due procedure "semplificate" di separazione, divorzio e modifica delle relative condizioni, che si affiancano ai procedimenti giurisdizionali di separazione e divorzio, le quali consentono ai coniugi, nei limiti e con le modalità previste dalla legge, di raggiungere fuori dal processo ed in forza di un atto di autonomia privata, la separazione personale, la cessazione degli effetti civili del matrimonio oppure lo scioglimento del matrimonio ovvero la modifica delle condizioni di separazione e divorzio. Questo ha l'effetto dirompente di valorizzare l'autonomia dei coniugi quale fonte e tecnica

⁷⁰ M. PALAZZO, Il diritto della crisi coniugale antichi dogmi e prospettive evolutive, in *Rivista di diritto civile*, 2015, n. 3, p. 577 ss.

⁷¹ L'espressione è di R. HAUSMANN, Le questioni generali nel diritto internazionale privato europeo, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2015, n. 3, p. 515 ss.

⁷² E. MALAGOLI, Regime patrimoniale dei coniugi ed effetti patrimoniali delle unioni civili: i Regolamenti UE "gemelli" n. 2016/1103 e n. 2016/1104, in *Contratto e impresa/Europa* 2/2016, p. 835.

⁷³ Si tratta della legge di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante "misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile".

di composizione della crisi coniugale⁷⁴. È, dunque, doveroso, come sottolineato da autorevole dottrina⁷⁵, prendere atto dell'accentuazione del processo di privatizzazione dei modelli familiari e del passaggio da un rapporto coniugale di tipo autoritario ad uno fondato sull'eguaglianza e sull'accordo, coerente con una comunità contrattualistica tipica delle moderne società post industriali.

In conclusione, la valorizzazione dell'autonomia privata si rivela essere, da un lato, il filo conduttore degli interventi normativi in materia di diritto della famiglia, sia europei che nazionali, dall'altro, un obiettivo da perseguire in quanto consente di dare rilievo alle istanze della società civile contemporanea.

⁷⁴ In dottrina, M. PALAZZO, Il diritto della crisi coniugale, antichi dogmi e prospettive evolutive, in *Rivista di diritto civile*, 2015, p. 575; V. CARBONE, Crisi della famiglia e principio di solidarietà, in *Famiglia e diritto*, 2012, n. 12, p. 1 ss.; C. RIMINI, I patti in vista del divorzio: spunti di riflessioni e una proposta dopo l'introduzione della negoziazione assistita per la soluzione delle controversie familiari, in *Diritto famiglia e persona*, 2015, n. 1, p. 207 ss.

⁷⁵ F. D. BUSNELLI, La famiglia e l'arcipelago familiare, in *Rivista di diritto civile*, 2002, p. 520.

CAPITOLO V

DIRITTO PROCESSUALE PENALE

(prof.ssa Valentina Bonini)

PRESENTAZIONE

Nella parte conclusiva del corso di diritto processuale penale, durante il quale già avevano trovato spazio occasioni di incontro con professionisti ed operatori del processo penale, sono stati proposti a studenti e studentesse alcuni casi pratici che hanno costituito la base per due attività, condotte con l'ausilio dei tutor, avv. Livia Bongiorno e avv. Domenico Vispo: in prima battuta si è proceduto alla redazione di specifici atti del procedimento penale (costituzione di parte civile *ex art. 74 c.p.p.*; richiesta di riesame cautelare *ex art. 309 c.p.p.*; istanza di rimessione del processo *ex art. 45 c.p.p.*); in una seconda fase di lavoro, i casi pratici proposti hanno rappresentato lo spunto per approfondire alcune tematiche (il ruolo e la protezione della vittima nel procedimento penale; il pregiudizio arrecato dal fenomeno del c.d. processo mediatico), che sono state elaborate e condivise con la classe attraverso una presentazione *power point*.

I tre elaborati che seguono sono un adattamento scritto delle presentazioni.

PERSONA OFFESA E PROCEDIMENTO PENALE: LE DELICATE INTERSEZIONI SUL TERRENO CAUTELARE

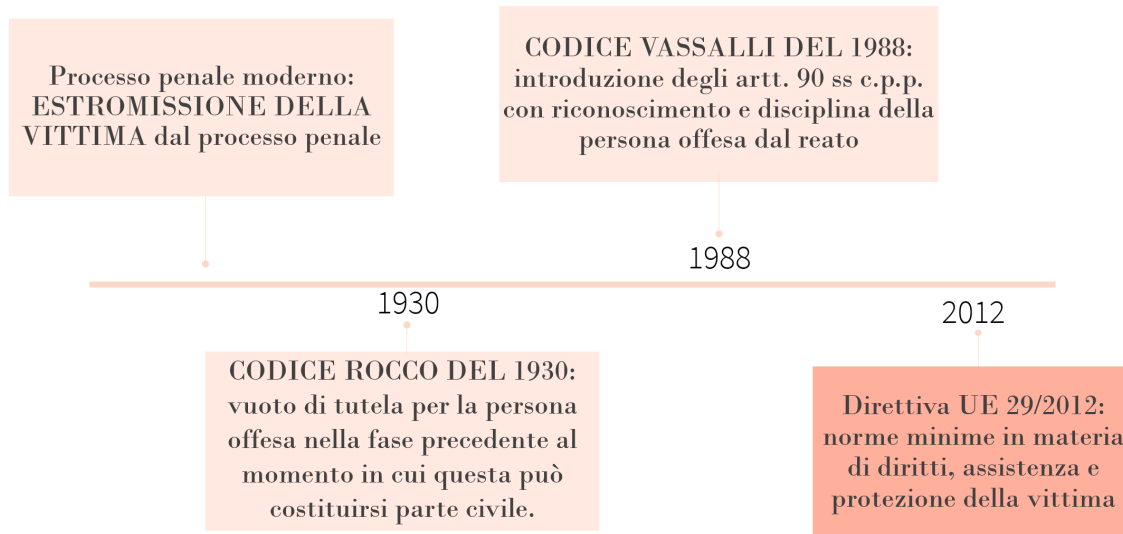
di Luana Di Filippo e Marta Lezzerini¹

Persona offesa e procedimento penale

La persona offesa dal reato è un soggetto del procedimento penale a cui sono attribuite facoltà e prerogative difensive sia di tipo informativo sia di tipo partecipativo. Su tale aspetto, il codice di procedura penale del 1988 agli artt. 90 e ss. c.p.p. determina una soluzione di continuità rispetto alla tradizione che collocava la persona offesa ai margini del processo, superando l'idea che vedeva attribuire alla vittima soltanto il ruolo di testimone o di portatore di interessi civilistici attraverso la costituzione di parte civile.

¹ Le riflessioni sono frutto di un lavoro congiunto, all'interno del quale Luana Di Filippo ha curato i § 1 e 2; Marta Lezzerini ha curato i § 3, 4, 5 e 6.

Evoluzione storica



L'art. 90, I co. c.p.p. stabilisce che *“la persona offesa dal reato, oltre ad esercitare i diritti e le facoltà ad essa espressamente riconosciuti dalla legge, in ogni Stato e grado del procedimento può presentare memorie e, con esclusione del giudizio di Cassazione, indicare elementi di prova”*, attribuendo all'offeso la facoltà di interloquire con le autorità procedenti lungo tutto il procedimento penale, attraverso, per lo più, la presentazione di memorie. Le **memorie** sono atti di carattere argomentativo che consentono alle parti di interloquire con gli altri soggetti prevedendo anche la possibilità di allegare evidenze di carattere indiziario e documenti.

Da lì a poco, sulla base di sollecitazioni euro-unitarie (in particolare la Direttiva 2012/29/UE che introduce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato) e del consiglio d'Europa (attraverso numerose fonti convenzionali di segno più specifico), le disposizioni processuali dedicate alla vittima sono state arricchite, con l'inserimento all'interno del codice di rito di previsioni riguardanti la **protezione della vittima dal rischio di reiterazione del reato e di vittimizzazione secondaria**. Si consolida, così, un trend normativo che vede il riconoscimento dell'esigenza di ascolto dei bisogni della vittima di reato. La Direttiva del 2012 coltiva l'obiettivo di garantire alla vittima di reato diritti procedurali ed extraprocedimentali in materia di informazione e assistenza, protezione e partecipazione al procedimento penale.

Così, l'art. 90 *bis* c.p.p., introdotto con lo scopo di tutelare le prerogative informative dell'offeso, contiene un'elencazione tanto ricca, minuziosa e, per alcuni versi, sovrabbondante che finisce per non apportare nessun tipo di informazione alla vittima che non è esperta di diritto e si sente raggiungere da una serie di articoli e commi dei quali non comprende il significato.

Informazioni alla persona offesa - art. 90 bis c.p.p.

- 01 Modalità di presentazione della denuncia o querela
- 02 Facoltà di essere avvisata della richiesta di archiviazione
- 03 Strutture sanitarie presenti sul territorio, case famiglia, centri anti violenza, case rifugio e servizi di assistenza alla vittima del reato
- 04 Facoltà di avvalersi della consulenza legale e del patrocinio a spese dello stato
- 05 Possibilità di richiedere il risarcimento del danno
- 06 Facoltà di ricevere comunicazione del procedimento
- 07 Eventuali misure che possono essere disposte in suo favore

Dalla narrazione dei fatti penalmente rilevanti alla redazione della memoria difensiva.

Nel caso che ci è stato sottoposto, l'obiettivo era quello di **sollecitare il pubblico ministero affinché richiedesse al giudice per le indagini preliminari una misura cautelare a tutela della persona offesa**, creando così uno schermo protettivo rispetto al rischio di **vittimizzazione reiterata**. Pertanto, nella memoria redatta *ex art. 90 c.p.p.*, abbiamo provveduto ad allegare anche una copia dei messaggi, dei telegrammi, delle chiamate e degli screenshot della conversazione di WhatsApp intervenuta tra i due coniugi, che attestavano il comportamento tenuto dal marito nei confronti della moglie e si è richiesta anche l'audizione di testimoni, così come già indicato nella querela presentata dalla donna.

Da essa emerge, inoltre, la commissione di due reati in particolare:

- maltrattamenti contro familiari o conviventi *ex art. 572 c.p.*
- atti persecutori *ex art. 612 bis c.p.*

Querela ex art. 333 e 336 c.p.p.

La sottoscritta Sig.ra [redacted], nata a [redacted] il [redacted] residente in Livorno, domiciliata in Pontedera, Pisa, [redacted] intende procedere a denuncia e/o querela dei fatti e delle condotte avvenuti in suo danno in più luoghi (Modena, Livorno, e Pontedera), a partire dall'ann [redacted].

Necessaria premessa per un'esaustiva narrazione della vicenda è che la scrivente, sin dall'anno 2004 ([redacted]), è sposata con matrimonio civile con il Sig [redacted] (nato [redacted] il [redacted]) e che da tale unione matrimoniale sono nati due figli: Cl [redacted] e Tor [redacted] (nato il [redacted]). Nell'estate dell'anno 2009 la sottoscritta, a mezzo del

**Memoria difensiva della persona offesa dal reato ex art. 90 c.p.p.
NELL'INTERESSE DELLA PERSONA OFFESA LIANA ROSSI**

La sottoscritta avv. Marta Lezzerini del Foro di Pisa, in veste del difensore di fiducia della persona offesa dal reato, Sig.ra Liana Rossi, nata a Empoli (FI), il 26 novembre 1962 e domiciliata a Pontedera, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Marta Lezzerini in Pisa, via Santa Maria n. 3, rivolge questa memoria difensiva al Procuratore della Repubblica del tribunale di Pisa

Premesso che:

- La Sig.ra Liana Rossi ha sporto querela, al cui contenuto qui si rimanda integralmente, contro il marito Sig. Alvaro Bianchi per i fatti commessi a partire dall'anno 2009 in suo danno integranti i reati di cui agli artt. 572, 605 e 612 bis c.p.

Considerato che:

- la Sig.ra è consapevole del ricatto psicologico a cui è da anni sottoposta a causa del coniuge che le rivolge minacce (in particolare, di non farle più rivedere le bambine) e offese affinché essa, per poter vedere le figlie, sia costretta a continuare la relazione, che è divenuta ormai tossica. Questa situazione porta la Sig.ra a scegliere tra l'imposizione di una vita con il marito violento e le figlie intrisa di pressioni psicologiche e maltrattamenti da parte del Sig. Bianchi o una vita lontana dalle sue figlie, ma in continua lotta con il loro padre che persevera nel suo atteggiamento ostile volto a rendere la vita della Sig.ra un vero inferno, fino a che essa non si convinca a

PROCURA DELLA REPUBBLICA

presso il Tribunale di Livorno

MEMORIA DIFENSIVA EX ART.90 c.p.p.

La sottoscritta Avv. Xxx, del foro di xxx, difensore di fiducia della Sig.ra xxx, persona offesa dal reato, nata a xxx, il xxx, residente in Livorno, domiciliata in Pontedera (Pisa), formula la presente memoria ex art.90 c.p.p.4

Premesso

- Che la Sig.ra xxxx, sporgeva querela per i fatti integranti i reati p.e.p. dagli art.572 e 612 bis c.p. ovvero quant'altro la S.V. vorrà evidenziare in essi a carico di chiunque verrà ritenuto responsabile all'esito delle indagini preliminari, la cui narrativa è da ritenersi parte integrante della presente memoria

Chiede

Alla S.V. di richiedere al GIP di disporre la misura cautelare di cui all'art.282 ter c.p.p. allo scopo di consentire alla persona offesa il completo svolgimento della propria vita sociale in condizioni di sicurezza per sé e i suoi figli.

Si richiede inoltre il divieto di avvicinamento a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, individuabili chiaramente nella casa familiare, casa del genitori della Sig.ra xxxx, nel luogo di lavoro e nella scuola dei bambini.

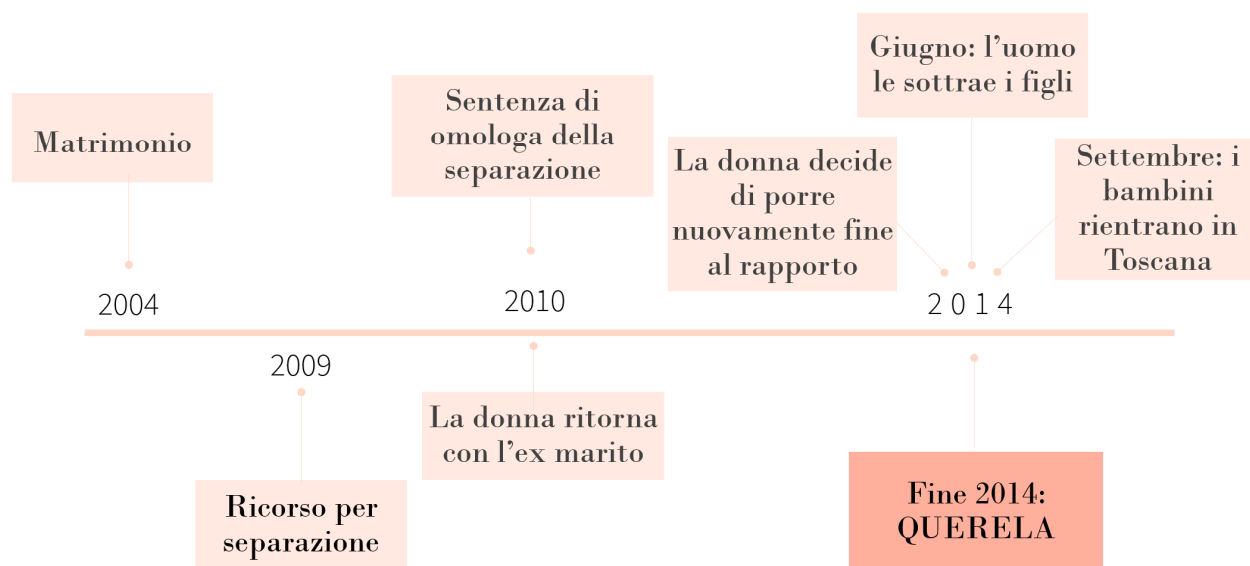
Nel caso di specie si evidenzia anche il fatto che le minacce avvengono a mezzo del

La persona offesa richiede di comprendere e di essere consapevole delle iniziative che venivano intraprese e del loro significato giuridico; a tale necessità, che trova tradizionale risposta nella consulenza legale, si aggiunge sovente anche il bisogno di essere compresa in relazione agli effetti prodotti dal reato sulla quotidianità e sull' emotività della vittima. Il bisogno di ascolto, di narrazione e di riconoscimento trova risposta nella Direttiva del 2012, nella parte in cui garantisce

alla vittima l'accesso ai servizi di assistenza gratuiti volti al supporto psicologico per il superamento del trauma da reato.

La condizione emotiva in cui si trovava la vittima era caratterizzata da ansia, paura e senso di impotenza. In più, si deve riflettere sul fatto che dare informazioni sui diritti quando il responsabile e la vittima sono due perfetti sconosciuti, legati soltanto dalla vicenda criminosa, è molto diverso dall'accogliere persone che sono in relazione tra loro. L'avvocato, quindi, si trova a dare delle informazioni, propone un ventaglio di opzioni, ma la scelta è della vittima proprio perché l'effetto finale ricade nella sua relazione. Si può, pertanto, affermare che una indicazione utile può riguardare in questi casi la presenza di strutture sanitarie, case-famiglia, centri antiviolenza e strutture di assistenza alla vittima, così come si evince dall'art. 90 *bis* lett. p.) c.p.p., che possono rispondere ai bisogni di sicurezza finché non siano adottate misure cautelari a protezione della vittima medesima.

Narrazione



Nella vicenda analizzata, i fatti vedono il coinvolgimento di due coniugi, nonché genitori di due bambini. Dai fatti narrati dalla donna nella querela emerge che la stessa vive in una situazione di sudditanza, in quanto il marito, fin dall'inizio della loro relazione, ha inteso gestire totalmente la sua vita, non permettendole di trovare un lavoro e relegandola al solo ruolo di madre e moglie. È stata sottoposta al continuo ricatto del coniuge di sottrarle i bambini ed è stato proprio questo uno dei motivi principali ad averla spinta a fare ulteriori tentativi di convivenza dopo le varie liti intercorse tra i due. Temeva, infatti, reazioni violente anche nei confronti dei bambini. Questo tentativo di

conservazione del nucleo familiare l'ha portata a sopportare per anni minacce e offese che si sono svolte anche in presenza dei figli minori.

È una situazione in cui si delinea quanto disposto dall'art. 90 *quater* c.p.p., rubricato «condizioni di particolare vulnerabilità»: ai fini della valutazione di particolare vulnerabilità della vittima «si tiene conto se il fatto risulta essere commesso con violenza» e, tra le altre cose, «se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato».

In situazioni come queste sono importanti l'ascolto e la comprensione di quello che è il bisogno primario per la vittima con l'obiettivo di evitare il rischio di vittimizzazione secondaria. Quando si denuncia o si fanno delle domande ci si concentra solo sul fatto e non su ciò che la vittima sta provando in quel momento. Qui il bisogno primario per la querelante era proteggere i figli dal padre.

Ci siamo trovate a riflettere anche sul fatto che uno degli argomenti difensivi che potrebbe maggiormente essere utilizzato si basa sul fatto che la donna ha fatto più tentativi di convivenza anche dopo il divorzio. Ecco che la persona offesa potrebbe colpevolizzare ingiustamente sé stessa, potrebbe non essere creduta o presa sufficientemente sul serio. Inoltre, vi è anche il rischio di una vittimizzazione reiterata in quanto l'uomo voleva avere il controllo sulla moglie e manifestava tale intenzione attraverso continue minacce.

Un ulteriore elemento che abbiamo ritenuto necessario evidenziare all'interno della memoria è dato proprio dalla presenza dei minori. L'art. 572, ultimo co. c.p. introdotto con la L. 19 luglio 2019, n. 69 (codice rosso), secondo cui «il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti si considera persona offesa del reato», riconosce pari rilievo alla c.d. **violenza assistita o ambientale**, ossia quella violenza che, pur diretta verso un altro soggetto del nucleo familiare, viene percepita e vissuta sensorialmente dal minore, esponendolo così ad un vissuto violento.

Inoltre, deve ricordarsi come, per la materia che ci occupa, con l'introduzione del c.d. codice rosso sono state previste alcune novità:

- accelerazioni delle indagini dalla *notitia criminis*
- tempestività delle indagini delegate
- audizione obbligatoria e tempestiva della persona offesa.

Richiesta di applicazione delle misure cautelari

In relazione al caso concreto sopra accennato, la prima questione affrontata concerneva la tipologia di misure che potevano trovare applicazione, al fine di ottenere una protezione della persona offesa

più adeguata e corrispondente alle necessità della stessa. Così, ipotizzando di rappresentare i legali della signora coinvolta nel racconto, abbiamo prospettato **l'applicazione delle misure cautelari**.

Breve analisi delle misure cautelari e dei presupposti in presenza dei quali si può auspicare la loro applicazione

Le misure cautelari vengono analizzate nel Libro IV c.p.p. con una disciplina che, nel modo più diretto e manifesto, incarna le tensioni che si annidano nella giustizia penale e rende evidente la violenza dei sistemi di giustizia penale che cercano di addomesticare con le regole del rito, ma che rimane comunque in grado di colpire la vita delle persone coinvolte nel procedimento penale stesso. È di vitale importanza ricordare che il carcere non nasce come pena, ma come istituto processuale destinato ad ospitare un imputato in attesa di un giudizio o di una pena. Si sancisce, inoltre, che tutte le pene debbano tendere a una rieducazione, ma ad oggi il carcere presenta una dimensione segregativa poiché porta a separare i soggetti in esso collocati dalla società dei liberi e, a pena espiata, li restituisce come soggetti impreparati a prendere nuovamente parte alla società. Con riferimento alla persona sottoposta a misura cautelare, non può operare detta finalità rieducativa in ossequio alla presunzione di non colpevolezza (art. 27 comma 2 Cost.), che vieta qualsiasi anticipazione di misure a vocazione sanzionatoria nei confronti dell'imputato.

La loro applicazione può avvenire se vi sono i **presupposti** ex art. 273 c.p.p. e se vi è almeno una delle **esigenze cautelari** menzionate nell'art. 274 c.p.p.

Per quanto concerne i presupposti, è bene ricordare che non è possibile applicare le misure cautelari in tutte le ipotesi, ma soltanto quando l'entità del reato ne giustifica l'applicazione e, in particolare, si distingue tra le misure coercitive (art. 280 c.p.p.) e interdittive (art. 287 c.p.p.) che presuppongono una reclusione non inferiore nel massimo a tre anni o all'ergastolo e le misure custodiali (art. 280 c.p.p.) che non distinguono tra delitti tentati e consumati e che richiedono una pena non inferiore nel massimo ai cinque anni. Possiamo affermare che gli artt. 280 e 287 c.p.p. individuano una fascia di reati in presenza dei quali possiamo interrogarci sulla necessità di applicare una misura cautelare personale e analizzare se sussistono gli altri presupposti; se invece non si ricade all'interno di questa categoria di reati il tema cautelare non viene preso in considerazione. Inoltre, è necessaria la presenza di **gravi indizi di colpevolezza** (*fumus commissi delicti*) previsti dall'art. 273 c.p.p.: il parametro della gravità vale a sottolineare una forte consistenza del materiale raccolto, che, per quanto formato con modalità unilaterali, non deve presentare profili di contraddittorietà o di insufficienza, dovendo risultare un materiale forte e prossimo ad una valutazione di colpevolezza, tale da poter ritenere provata la sussistenza di un fatto

di reato e la sua attribuibilità all'imputato qualora quel materiale venisse trasformato in materiale probatorio.

In merito alle esigenze cautelari, l'art. 274 c.p.p. prevede tre ipotesi rappresentate dal **pericolo di inquinamento probatorio**, dal **pericolo di fuga** e dal **pericolo di reiterazione del reato** (che è un'ipotesi molto complessa in quanto sembra dare per presupposta la colpevolezza collidendo con il principio di presunzione di non colpevolezza).

Il codice di procedura penale offre coordinate importanti che trovano immediata attuazione nelle prime disposizioni con cui il Libro IV esordisce. Esso richiede, infatti, la presenza di una riserva di legge della quale ne è la traduzione codicistica l'art. 272 c.p.p. il quale stabilisce che le libertà della persona possono essere limitate con misure cautelari solo attraverso le misure previste in via tassativa. Questa riserva di legge si traduce in un **principio di tassatività** che ha portato a vedere la disciplina come un vero e proprio microsistema. Inoltre, si richiede la **riserva di giurisdizione** rispetto a quelle limitazioni di libertà personale messe in atto da soggetti diversi dal giudice, come il fermo della polizia. Proprio per l'intensità della limitazione della misura cautelare, la riserva di giurisdizione è anche affermata dall'art. 279 c.p.p. dove si prevede che *“sull'applicazione, sulla revoca delle misure nonché sulle modifiche delle loro modalità esecutive (quindi su tutti i provvedimenti adottati all'interno di un procedimento cautelare dal momento genetico al momento istitutivo), provvede il giudice che procede”*; pertanto non c'è un giudice della cautela funzionalmente competente a occuparsi di questa materia, ma essa è attribuita al giudice che sta procedendo in quel dato momento. Infine, l'art. 13 Cost. richiede un altro profilo di garanzia che si realizza con la riserva di giurisdizione rinforzata dall'**obbligo di motivazione**, ed è per questo che ogni limitazione viene adottata con un'ordinanza che deve presentare una motivazione particolarmente rigorosa.

La possibilità di scegliere all'interno di un'ampia gamma di misure cautelari

Le misure cautelari si distinguono in:

misure cautelari personali, le quali interessano beni della persona come la libertà personale o di spostamento. Di esse fanno parte le **misure cautelari coercitive** che pongono limiti alla libertà della persona facendone oggetto di intervento coercitivo e che possono essere **custodiali**, qualora presentino la capacità di comprimere dall'esterno la libertà personale confinandola in una certa area (es. arresti domiciliari *ex art. 284 c.p.p.*, custodia cautelare in carcere *ex art. 285 c.p.p.* o in luogo di cura *ex art. 285 bis c.p.p.* introdotto per far fronte alle esigenze delle persone fragili e delle detenute madri) od **obbligatorie**, qualora individuino obblighi di stare in una certa area più ampia (come l'obbligo di dimora *ex art. 283 c.p.p.*, il divieto di espatrio *ex art. 281 c.p.p.*, l'obbligo di

presentazione alla polizia giudiziaria *ex art. 282 c.p.p.*, l'allontanamento dalla casa familiare *ex art. 282 bis c.p.p.* o il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa *ex art. 282 ter c.p.p.*). Infine, abbiamo le **misure cautelari interdittive** che intervengono per limitare delle libertà fotografate con precise facoltà di carattere giuridico che l'ordinamento riconosce a determinati soggetti e che, essendo collegate alla specifica vicenda criminosa di cui sono accusati, devono essere inibite al fine di evitare ulteriori pericoli (es. sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale *ex art. 288 c.p.p.*, sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio *ex art. 289 c.p.p.*, divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione *ex art. 289 bis c.p.p.* e divieto temporaneo di esercitare determinate attività professionali o imprenditoriali *ex art. 290 c.p.p.*);

misure cautelari reali che si realizzano su una *res*, apponendo su di essa un vincolo che ne limita la libera disponibilità (es. sequestro conservativo *ex art. 316 c.p.p.* e sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.p.*).

Tra tutte queste misure, con riferimento al caso da noi affrontato, si rivelano interessanti l'allontanamento dalla casa familiare *ex art. 282 bis c.p.p.* e il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa *ex art. 282 ter c.p.p.*

Allontanamento dalla casa familiare

Viene introdotto nel 2001 per far fronte agli abusi familiari e ai contesti di violenza domestica o nelle relazioni strette.

Si tratta di un provvedimento che dispone l'allontanamento dell'imputato dalla casa familiare, ordinandogli di lasciarla immediatamente e di non farvi rientro o accedervi se non con l'autorizzazione del giudice che procede.

Potevano essere previsti obblighi accessori in caso di pericolo più intenso: il giudice poteva prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati e abitualmente frequentati dalla persona offesa (luogo di lavoro, famiglia di origine, ecc.).



Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa

È stato introdotto nel 2009 perché mancava uno strumento applicabile alle ipotesi di violenza nelle relazioni strette che non erano caratterizzate dalla convivenza, rendendo così autonoma la misura accessoria precedentemente prevista.

- Il co. sancisce che non è circoscritto a luoghi predeterminati, ma può tradursi in una protezione di carattere mobile perché se sussistono ulteriori esigenze di tutela, il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi alla persona offesa o ai suoi prossimi congiunti
- III co. stabilisce che si può prevedere come contenuto accessorio che il giudice vieti la comunicazione anche a mezzo del telefono



Breve excursus sui limiti all'applicazione cumulativa delle misure cautelari

Oltre alle due misure cautelari menzionate precedentemente, ci sembravano adeguate anche l'applicazione della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale *ex art. 288 c.p.p.* per eliminare ogni possibile contatto con i figli e quella dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria *ex art. 282 c.p.p.* per poter tenere sotto controllo gli spostamenti del marito ed evitare possibili fughe con i figli.

Abbiamo, quindi, prospettato un'applicazione di più misure, ma un'applicazione congiunta non sempre è possibile e, pertanto, per capire in quali casi si può realizzare, è necessario analizzare la giurisprudenza in materia. Prima della legge 16 aprile 2015, n. 47 si sono sviluppati due indirizzi. Il primo poneva a fondamento il "*favor libertatis*" affermando che era possibile l'applicazione di più misure cautelari diverse nei confronti dello stesso imputato/indagato anche in mancanza di una previsione normativa poiché così si permetteva di evitare l'applicazione di un'unica misura ben più afflittiva a fronte di due meno afflittive. Il secondo, invece, portava a escludere la facoltà di realizzare un'applicazione cumulativa, al di fuori dei casi previsti, essendo presenti nel codice disposizioni in materia cautelare che fanno sempre riferimento solo a un'unica misura applicabile nei confronti del soggetto stesso, vigendo il principio di stretta legalità e due norme processuali che prevedevano espressamente, solo in ipotesi circostanziate, la possibilità di cumulo.

Con la legge n. 47/2015 "*modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali*" sono state introdotte varie novità, tra le quali risaltano la previsione inerente alla custodia cautelare in carcere che prevede che essa sia applicabile solo se le altre misure risultano inadeguate e che una tale verifica dovrà essere effettuata sia su ogni singola misura cautelare che in

relazione alle altre misure tra loro cumulate e la previsione inerente alle esigenze cautelari che qualora risultassero aggravate consentirebbero al giudice di sostituire la misura prevista con una più grave, di disporre delle modalità maggiormente afflittive o di applicare un'altra misura coercitiva o interdittiva.

Con queste previsioni, la corte di Cassazione è giunta all'affermazione del "generale principio di cumulabilità" che si basa sul rispetto del principio di ragionevolezza e su una lettura sistematica e non atomistica che presuppone che le innovazioni normative vengano interpretate sistematicamente e che tengano sempre conto del rispetto della Costituzione, con l'obiettivo di avere sempre una più pregnante tutela con il minor sacrificio della libertà personale.

Pertanto, oggi, le ipotesi di cumulo sono così previste:

Le ipotesi di cumulo

**Originariamente
previste**

Ipotesi
dell'aggravamento
sanzionatorio

Ipotesi della
scarcerazione per
decorrenza dei termini

Art. 276, I co. c.p.p.

Art. 307, I co. c.p.p.

Art. 275, III co. c.p.p.

Art. 299, IV co. c.p.p.

**Introdotte dalla
l. 47/2015**

Ipotesi anti-carcere

Ipotesi
dell'aggravamento
cautelare

La riforma del 2017, attuata con la legge n. 103/2017, ha consentito di sommare le misure per conformarle alle esigenze che ricorrono nel caso concreto, riservando tale possibilità solo ai casi in cui le altre misure non siano impiegabili con la stessa efficacia della misura che limita la libertà personale con la custodia in carcere.

Tutto ciò ha portato ad affermare una generale cumulabilità delle misure cautelari e un potere in capo al giudice di stabilire quando un cumulo si possa considerare maggiormente afflittivo rispetto alla misura già in atto, in mancanza di parametri normativi che possano orientare tale valutazione.

Si deve, quindi, escludere che il pubblico ministero possa, nella domanda cautelare, chiedere direttamente e unicamente l'applicazione congiunta di più misure cautelari, essendogli consentita

soltanto, nel momento in cui avanza l'istanza, la possibilità di richiedere, in via principale, l'applicazione della misura carceraria e, in via subordinata, di avanzare al giudice suggerimenti inerenti al cumulo delle misure cautelari che, in caso di non accoglimento della richiesta principale, possano scongiurare i *pericula libertatis* riscontrati.

Concludendo, si può affermare che, a seguito della l. 47/2015, si è avuto un ampliamento del novero delle ipotesi in cui è possibile ricorrere all'applicazione cumulativa delle misure cautelari, ma si tratta di casi specifici e tassativamente previsti. È da escludere che fuori da questi casi il giudice possa applicare congiuntamente più misure o, addirittura, imporre ulteriori prescrizioni non previste dalle disposizioni che concernono le singole misure perché finirebbe con il creare figure composte ibride di origine giurisprudenziale che, pur non essendo frutto di una norma o di un principio generale, potrebbero legittimare l'elaborazione di nuovi e atipici strumenti di restrizione della libertà personale.

Conclusioni

Per tutti questi motivi, abbiamo deciso di rivolgere un'istanza al pubblico ministero affinché richiedesse l'applicazione della misura cautelare di cui all'art. 282 *ter* c.p.p. concernente il **divieto di avvicinamento ai luoghi riconducibili alla dimora e a quelli frequentati dalla persona offesa** quali abitazione, scuola dei bambini e luogo di lavoro - a tal proposito si veda la sentenza della Corte suprema di Cassazione sezioni unite penali n. 39005/2021 ud. 29/04/2021 – depositata il 28/10/2021 in tema di divieto di avvicinamento alla persona e ai luoghi da essa frequentati – **e ai prossimi congiunti**, ritenendo tale misura adeguata a tutelare la signora. Abbiamo richiesto anche che il coniuge non potesse avvicinarsi all'ex moglie, dovendovi rimanere a distanza di 500 m. cercando di porre così la stessa a riparo da eventuali violenze.

IL 'CASO VANNINI' ATTRAVERSO LALENTE DEL PROCESSO MEDIATICO

di Erika Brizzi e Valeria Filippi

Il processo mediatico

Cos'è il processo mediatico?

L'espressione è diventata talmente in uso nel linguaggio corrente che la risposta sembra così ovvia: è un processo che si svolge attraverso i mezzi d'informazione.

Di fronte ad una definizione così semplice ed immediata, possiamo essere sicuri di conoscere gli effetti di questo fenomeno?

PROCESSO PENALE:

serie di atti che mira ad accertare se vi è stata violazione di precetti penali e la responsabilità del soggetto agente davanti all'autorità giurisdizionale.

PROCESSO MEDIATICO:

'processo' che si svolge sui mezzi d'informazione (trasmissioni televisive, giornali, social media).



«La spettacolarizzazione dei processi da parte dei media prevede regole diverse da quelle canoniche del processo (in particolare) penale, con una tendenza “commerciale” a far prevalere i risultati dell'*audience* e del *voyeurismo* sulla tutela costituzionale dell'equo processo, della presunzione di non colpevolezza, del segreto e della personalità in tutte le sue declinazioni» (Alessandra Fossati, Processi mediatici, una patologia del diritto all'informazione).

Da questo estratto emerge con chiarezza come il processo mediatico sia lontano dal processo penale non solo per il luogo, ma per i soggetti e, soprattutto, le regole e il metodo di accertamento: avere in mano un microfono o addosso una toga non è la stessa cosa e invocare una astratta necessità di informazione del grande pubblico non attribuisce il potere di stravolgere i metodi giurisdizionali di accertamento dei fatti e delle responsabilità.

Cronaca giudiziaria e processo mediatico

Una distinzione merita di essere tracciata, prima di trattare delle distorsioni derivanti dal processo mediatico: questo è fenomeno ben distinto dalla cronaca giudiziaria, poiché, mentre il primo rappresenta una patologia del processo, l'altra è il fisiologico esercizio di un diritto, che pure va incontro a limitazioni frutto del bilanciamento con altri principi essenziali.

«La cronaca giudiziaria è quel particolare ramo della cronaca che riguarda il racconto, sui diversi



Esercizio fisiologico di un diritto costituzionalmente tutelato;

Art.21, commi 1 e 2, Cost.;

Art.102, comma 1, Cost.;

Bilanciamento con diritto all'onore, alla riservatezza, all'oblio;

Verità della notizia, continenza di linguaggio, interesse pubblico.

mezzi d'informazione, di fatti delittuosi e delle vicende giudiziarie ad essi collegate, al fine di consentire alla collettività di formarsi una corretta opinione su vicende penalmente rilevanti» (Mimmo Mazza, *Il linguaggio della cronaca giudiziaria*).

La cronaca giudiziaria rappresenta dunque l'esercizio di un diritto che discende dall'art.21 della Costituzione, in base al quale «[t]utti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione» e dell'art.101, comma 1 della Costituzione per cui la giustizia è amministrata in nome del popolo.

Dalle previsioni costituzionali si delinea un quadro per cui il popolo ha diritto ad avere notizie riguardo i procedimenti penali in corso ed ha diritto a manifestare la propria opinione a riguardo, così come la stampa «non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure» (Art.21, comma 2, Cost.).

Questa libertà ha però ancora contorni non assoluti, perché si completa solo attraverso il bilanciamento di questi diritti con altri interessi altrettanto tutelati dalla Carta costituzionale, come il diritto all'onore, alla riservatezza, che possono trovare necessario presidio in un diritto all'oblio.

Pertanto, il diritto del giornalista di riportare notizie di cronaca giudiziaria e il diritto del popolo di esserne a conoscenza è consentito e tutelato nei limiti in cui la notizia sia vera, vi sia un interesse pubblico alla conoscenza della stessa e la narrazione avvenga con continenza di linguaggio.

Con la diffusione e l'espansione dei mezzi d'informazione i confini che mantengono la narrazione giudiziaria all'interno della scatola costituzionale sono esposti ad un continuo pericolo e, soprattutto, abuso sia ai danni dell'ordinamento giuridico, ma ancora di più dei protagonisti delle vicende, che diventano gli antagonisti della storia esposti ad un «voyeurismo giudiziario senza precedenti, che ha costruito mostri da prima pagina, rovinando carriere e relazioni personali» (Valentina Stella, *Il dubbio*, 14 ottobre 2021).

Le criticità del processo mediatico

La grande eco mediatica di alcuni fatti di cronaca porta sempre più spesso alla celebrazione di processi nei salotti televisivi o sulle pagine, di carta o elettroniche, di un giornale: questo fenomeno pone una serie di criticità difficilmente risolvibili quando lo stesso processo verrà celebrato da un giudice.



Principali criticità:

- Sbilanciamento del rapporto tra fasi procedurali;
- Possibile pregiudizio separazione dei fascicoli;
- Mancato rispetto della presunzione di non colpevolezza (art.27, comma 2);
- Possibile alterazione dell'imparzialità del giudice nel suo nucleo fondamentale dell'impregiudicatezza sotto due aspetti:
 - A) Ricostruzioni alternative esterne;
 - B) Eco mediatica come fattore di pressione.

In primo luogo, l'interesse del grande pubblico si concentra principalmente sulla fase delle indagini preliminari, ricca di colpi di scena dovuti all'attività investigativa; tuttavia, nel nostro ordinamento, questa fase iniziale ha lo scopo esclusivo di permettere al pubblico ministero di raccogliere elementi tali da consentirgli di determinarsi in ordine alla scelta di esercitare l'azione penale e non offre di regola elementi utili per adottare un giudizio di merito.

In secondo luogo, vi sono elementi di chiara frizione con la presunzione di non colpevolezza (art.27, comma 2, Cost.), data l'anticipazione, l'amplificazione di un giudizio di colpevolezza emesso al di fuori di ogni accertamento processuale: a questo aspetto offre parziale risposta la Direttiva 2016\343\UE che trascende la tradizionale dimensione endoprocessuale della presunzione di innocenza, per farla operare verso l'esterno ponendo, tra il resto, limitazioni alle *performance* dichiarative delle pubbliche autorità potenzialmente lesive sia dell'imparzialità del giudice che della dignità delle persone coinvolte nel procedimento. La timida attuazione data alla direttiva nel nostro ordinamento con il recente d. lgs. 8 novembre 2021, n. 188 sembra rappresentare un argine minuscolo al cospetto dello tsunami mediatico che sconvolge alcune vicende processuali.

Qui si arriva al terzo snodo del ragionamento relativo alle criticità originate dal processo mediatico, che può produrre effetti significativi sull'imparzialità del giudice nel suo nucleo fondamentale dell'impregiudicatezza, attaccata da due fonti di pericolo: le ricostruzioni fattuali esterne al processo e l'eco mediatica come fattore di pressione.

Le frizioni interne al rapporto tra processo mediatico e principi costituzionali

Il processo mediatico è un fenomeno che ha preso sempre più piede nel corso degli ultimi anni, anche a causa dell'avvento dei social network che possono essere considerati come cassa di risonanza di quello che viene mostrato in televisione o scritto sui giornali. Le conseguenze dei "processi" che si svolgono al di fuori delle aule giudiziarie sono solo conseguenze pregiudizievoli, soprattutto per l'indagato/imputato. Questo fenomeno perciò va arginato, ed è quello che sta cercando di fare sia il legislatore europeo che il legislatore nazionale.



- **DIVIETO PUBBLICAZIONE DI ATTI E IMMAGINI (114 CPP)**
- **GIUDICE PRECOSTITUITO PER LEGGE (25 COST)**
- **IMPARZIALITÀ DEL GIUDICE (E SOPRATTUTTO DI QUELLI POPOLARI)**
- **CONTRADDITTORIO (111 COST)**

V'è infatti tra gli operatori del processo, gli studiosi e i legislatori contemporanei una convergenza sul tentativo di contenere il processo mediatico, in ragione delle criticità che questo produce nel confronto con i più importanti principi della giurisdizione penale sanciti nella nostra Costituzione.

Sono i principi del giusto processo quelli che possono essere lesi, anche quelli riguardanti le caratteristiche fondanti e distinguenti la giurisdizione, come l'imparzialità del giudice: infatti il giudice che arriva a giudicare un caso di cui si è discusso per due anni nei salotti televisivi e sui giornali potrebbe non essere così terzo e imparziale, a maggior ragione se si tratta di giudici popolari.

A ciò va collegato un altro possibile rischio: attraverso le trasmissioni televisive e i giornali il giudice del dibattimento può venire a conoscenza di materiale contenuto nel fascicolo delle indagini preliminari. Si tratta di materiale che, per come è strutturato il nostro processo, non può salvo rare eccezioni arrivare in dibattimento e assumere il valore di prova; materiale che nella maggior parte dei casi non potrebbe nemmeno essere pubblicato o mostrato apertamente in televisione per il divieto di cui all'articolo 114 c.p.p.

Il secondo comma dell'articolo 111 della Costituzione recita «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità». In effetti il contraddittorio viene sempre assicurato all'interno delle aule di tribunale mentre è considerato un accessorio scomodo e raramente introdotto nelle varie trasmissioni televisive.

Inoltre, possiamo ravvisare anche un contrasto tra quello che viene definito “tribunale dell'opinione pubblica” e l'articolo 25 della Costituzione, vale a dire il principio del giudice precostituito per legge. Il motivo è evidente: la sovraesposizione mediatica di un determinato caso comporta che a giudicare l'imputato e ad emettere una sentenza di condanna sia, prima che il giudice, la società intera, producendo talora una pressione difficile da mantenere fuori dalle aule giudiziarie.

Introduzione al 'caso Vannini'

Una vicenda processuale che ha visto una ribalta mediatica di straordinaria intensità è sicuramente quella che ha ad oggetto la tragica morte di Marco Vannini.



CASO VANNINI: UN ESEMPIO DI PROCESSO MEDIATICO

Intorno alle 23 del 17 maggio 2015, Marco Vannini si trovava nella vasca da bagno a casa della fidanzata Martina Ciontoli quando viene colpito da un proiettile, partito dalla pistola del padre della ragazza, Antonio Ciontoli. La vicenda si dipana successivamente in una sequenza di atti che conducono fino alla morte del giovane: infatti i soccorsi non vengono immediatamente allertati e quando vengono chiamati, circa 40 minuti dopo, sarà riferito di una lieve ferita provocata da un pettine a punta che ha causato un attacco di panico nel ragazzo. La verità verrà detta solo al PIT di Ladispoli dove Marco Vannini arriva circa 2 ore dopo l'accaduto.

Ormai è troppo tardi, il ragazzo muore intorno alle 3 di mattina.

Dentro quella casa non c'era solo Antonio Ciontoli ma anche i due figli, Martina e Federico, la moglie Maria Pezzillo e Viola Giorgini, fidanzata di Federico Ciontoli. Le loro versioni sull'accaduto appaiono sin da subito confuse. Nessuno potrà mai sapere con certezza cosa è accaduto all'interno di quelle mura, ma è certo che Marco Vannini si poteva salvare.

Questo caso è conosciuto da molte persone perché i genitori, Marina Conte e Valerio Vannini, sin da subito sono stati ospiti di varie trasmissioni televisive. Nel prosieguo della trattazione sarà evidenziato cosa ha comportato quest'uso massiccio dei media e come ha scosso l'opinione pubblica, cercando di suscitare nel lettore una riflessione critica su come questo fenomeno possa incidere o abbia inciso sulla vicenda giudiziaria.

Iter processuale

La trattazione del tema non può prescindere da una esposizione, pur per sommi capi, della vicenda giudiziaria.

- **SENTENZA I GRADO (APRILE 2018) -> CIONTOLI CONDANNATO A 14 ANNI PER OMICIDIO VOLONTARIO**
- **SENTENZA D'APPELLO -> PENA DI CIONTOLI RIDOTTA A 5 ANNI PER OMICIDIO COLPOSO**
- **CASSAZIONE ACCOGLIE RICHIESTA DI ANNULLAMENTO E RIMETTE GLI ATTI ALLA CORTE D'ASSISE D'APPELLO DI ROMA**
- **SENTENZA APPELLO BIS -> CIONTOLI CONDANNATO A 14 ANNI PER OMICIDIO VOLONTARIO**
- **SENTENZA CASSAZIONE (3 MAGGIO 2021)**



La sentenza di primo grado arriva il 18 aprile del 2018 (Corte di Assise di Roma, n.3148/2015) e condanna Antonio Ciontoli a 14 anni per omicidio volontario. Federico Ciontoli, Martina Ciontoli e Maria Pezzillo vengono condannati a 3 anni per concorso colposo per essere stati “spettatori del progressivo peggioramento della vittima”. Viola Giorgini viene assolta e anche nei successivi gradi non verrà mai condannata.

In appello (Corte di Assise di Appello, Sez I, n. 20684/2019) la pena di Antonio Ciontoli viene ridotta a 5 anni e l’omicidio riqualificato come colposo. È questa sentenza che fa scatenare la rabbia dei genitori, soprattutto della madre che viene addirittura allontanata dall’aula durante il processo.

Rabbia e delusione che i genitori mostrano davanti alle telecamere delle trasmissioni televisive più famose, rabbia che di lì a poco diventa di molte persone che ormai si erano già affezionate alla storia di Marco Vannini e a quei genitori disperati che vedevano valere la vita del loro unico figlio, morto a 20 anni, solo 5 anni di reclusione.

In Cassazione il procuratore generale chiede l’annullamento della pronuncia d’appello sposando la tesi dell’omicidio volontario perchè il dolo va ricollegato non tanto all’intenzione di sparare quanto al momento successivo al colpo di pistola e quindi ai ritardi nel soccorso.

La prima sezione penale della Cassazione (Corte di Cassazione, Sez. I, n. 134/2020) il 7 febbraio 2020 accoglie questa richiesta e, annullando la sentenza di secondo grado, rinvia gli atti alla Corte d’assise d’appello di Roma.

L’ appello *bis* (Corte d’Assise d’appello, Sez. II, n. 22/2020) del 30 settembre 2020 ripristina la condanna di Antonio Ciontoli a 14 anni per omicidio volontario con dolo eventuale. I figli e la

moglie vengono ritenuti responsabili di “concorso anomalo” e condannati a 9 anni e 4 mesi di reclusione.

La sentenza della Cassazione del 3 maggio 2021 (Corte di Cassazione Sez. V, n. 27905/2021) conferma le condanne dell’appello *bis*. L’ unica modifica apportata dalla Cassazione riguarda le condanne dei concorrenti: i giudici hanno trasformato il “concorso anomalo” in “concorso semplice attenuato dal minimo ruolo e apporto causale”.

Il processo Vannini, tra media e diritto

Come evidenziato in precedenza, già nello stesso anno dell’accaduto e quindi molto prima dell’avvio del processo, i genitori della vittima hanno preso parte a varie trasmissioni televisive per raccontare l’accaduto. In proposito, non può omettersi di sottolineare quanto sia significativa l’incidenza del racconto fatto da due genitori che hanno perso da poco un figlio rispetto a quello riportato da un terzo estraneo alla vicenda, attingendo livelli di emotività elevati e toccando corde di grande sensibilità: mentre l’emotività resta fuori dal processo giudiziario, questa è ricercata, coltivata e amplificata nel processo mediatico.

Inoltre, i limiti che presidiano la conoscibilità del materiale processuale vengono più volte superati, rendendo pubbliche risultanze di indagine: per esporre le incongruenze delle versioni degli accusati vengono mostrate le intercettazioni della caserma di Ladispoli dove la famiglia Ciontoli viene portata quella notte, così come vengono mostrate le registrazioni delle due chiamate effettuate al 118 nelle quali si sentono in sottofondo le urla strazianti del ragazzo.



Il confine tra libertà di stampa e processo mediatico può dirsi superato nel momento in cui si parla di colpevole o di colpevoli quando ancora non c'è stata una sentenza definitiva o addirittura quando ancora un processo non è stato avviato: la continenza che caratterizza il diritto di cronaca viene smarrita nelle dinamiche teatrali del processo mediatico.

Le presenze televisive dei familiari della vittima si susseguono, dando linfa emotiva agli show giudiziari, finché finalmente si arriva al processo.

Quando nel 2019 la Corte di Assise di Appello di Roma pronuncia quella sentenza che condanna Antonio Ciontoli a 5 anni per omicidio colposo le persone oramai si erano affezionate a quella famiglia ma soprattutto era forte in loro la convinzione circa la colpevolezza di tutta la famiglia Ciontoli, e volevano la loro condanna esattamente come la pretendevano Marina Conte e Valerio Vannini.

Dunque, la lettura di quella sentenza scatena una forte rabbia e delusione non solo nei genitori ma anche in tantissime persone che iniziano a scendere in piazza per chiedere verità e giustizia per Marco Vannini.

Anche il web esplose: vengono creati parecchi gruppi Facebook e sui social impazza l'hashtag "non in mio nome" per rispondere al giudice che, come tutti i giudici, ha letto la sentenza in nome del popolo italiano.

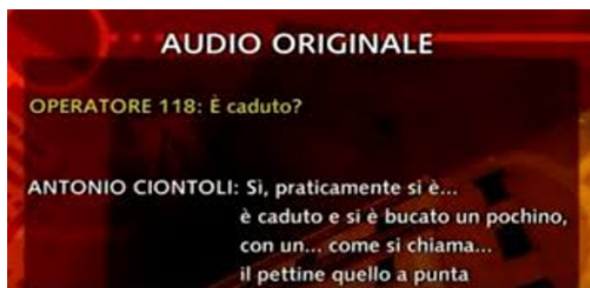
Come ha scritto in un suo articolo il Prof. Glauco Giostra, citando Alessandro Manzoni, i giudici, ora come allora, hanno quasi timore di mancare a un'aspettativa generale quando scoprono un innocente (G. Giostra, Il media-evo della giustizia penale, Avvenire 12 maggio 2021). Analoghe considerazioni possono farsi riguardo all'aspettativa sociale di una "condanna esemplare" che risulta tradita da una valutazione del giudice di altro segno. Invero, la sentenza d'appello ha provocato così tanto scalpore viene annullata, si tiene un appello *bis* all'esito del quale viene ripristinata la condanna di primo grado a 14 anni per omicidio volontario, condanna confermata dalla Cassazione il 3 maggio 2021.

Resta forte il dubbio che anche in questa vicenda abbia trovato spazio uno dei tanti rischi del processo mediatico, che è quello di incidere sull'imparzialità del giudice, condizionata da quello che viene definito "tribunale dell'opinione pubblica".

In particolare: il divieto di pubblicazione di atti e di immagini.

Nel momento in cui il legislatore vuole andare a limitare il fenomeno del processo mediatico deve fare i conti con la libertà di stampa e il diritto all'informazione. Si rende necessario un bilanciamento tra giusto processo di cui all'articolo 111 della Costituzione e libertà di stampa, riconosciuta anch'essa dalla nostra Costituzione e più precisamente dall'articolo 21.

È facilmente comprensibile come questo bilanciamento non sia di facile attuazione.



La disciplina sul divieto di pubblicazione di atti e immagini, di cui all'articolo 114 c.p.p., è un tentativo del legislatore di ridurre il processo mediatico, andando a incidere sulle possibili fonti dello stesso quali la pubblicazione di un'intercettazione o l'immagine di una persona con le manette ai polsi. L'articolo in questione è molto ricco, composto da ben 9 commi che possono essere suddivisi in due gruppi: in un primo gruppo vi possono rientrare le prime disposizioni poste a tutela del sereno svolgimento dell'attività investigativa e dell'imparzialità del giudice, e in un secondo gruppo quelle disposizioni poste a tutela della presunzione di innocenza, del diritto di difesa e della riservatezza della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa dal reato.

L'ordinamento sembra aver fatto una precisa scelta: in una prima fase ovvero quella delle indagini preliminari il diritto all'informazione lascia spazio all'efficienza investigativa e alla tutela della riservatezza della persona sottoposta alle indagini. Il diritto all'informazione ha un ruolo invece nelle fasi successive del processo, ruolo che si manifesta con la pubblicità del dibattimento. Questo è il bilanciamento a cui si accennava prima.

Il problema è che nella prassi alcuni divieti contenuti nell'articolo 114 spesso vengono violati. Il comma 2-bis recita "È sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli articoli 268, 415 bis o 454", eppure spesso e volentieri in televisione vengono mostrate intercettazioni ambientali e telefoniche.

E ciò avviene spesso e volentieri nella prima fase del processo cioè quella delle indagini, fase che dovrebbe essere caratterizzata da segretezza ma che, verificandosi nella prassi continue fughe di notizie, spesso è tutt'altro che segreta. Anche perché è questa la fase che intriga di più i telespettatori quasi come se si trattasse di una fiction poliziesca e non della vita delle persone che resteranno macchiate per sempre dall'etichetta di colpevole.

E il caso Vannini non ha fatto eccezione. Infatti nelle trasmissioni televisive più seguite vengono riportate le due chiamate al 118 ma soprattutto le intercettazioni ambientali della caserma di Ladispoli in cui si sentono parlare, poche ore dopo l'accaduto, Antonio Ciontoli e i due figli, e che sono state utilizzate come prova, nelle varie trasmissioni e non in un'aula di tribunale, per cercare di ricostruire l'accaduto, per cercare di capire se i protagonisti stavano dicendo la verità o stavano mentendo, e soprattutto per far emergere le incongruenze delle versioni di Antonio, Martina e Federico Ciontoli.

Tutto ciò fa emergere come la normativa attuale sul divieto di pubblicazione di atti e di immagini sia certamente da rivedere.

Il 'caso Vannini' riflesso nello specchio del processo mediatico.

Se spostiamo la nostra attenzione dal piano astratto ad un caso concreto, queste distorsioni si delineano sempre più chiaramente.

Quello che è noto a tutti come il 'caso Vannini' ha avuto fin da subito grandissima eco mediatica, sia perché da una parte i genitori di Marco Vannini hanno utilizzato lo strumento televisivo per chiedere giustizia sia perché diverse trasmissioni televisive hanno cercato, come hanno detto gli stessi avvocati della famiglia Ciontoli, di 'rifare il processo'.

'IL CASO VANNINI'

CRITICITA' DEL PROCESSO MEDIATICO

Dalla lettura degli art.187 c.p.p. (oggetto di prova) e 194 c.p.p. (oggetto e limiti della testimonianza) è evidente come il processo penale nel nostro ordinamento sia finalizzato all'accertamento dei fatti e sui fatti stessi si basi per assumere la decisione finale, mentre in nessun modo possono ritenersi rilevanti la moralità o il profilo personologico delle persone sottoposte a processo; è altrettanto evidente come, al contrario, sotto le luci dei riflettori finiscano le ricostruzioni inerenti la personalità dei protagonisti, come si sia giocato nel caso di specie sulla cattiveria e insensibilità della famiglia Ciontoli, perché è più facile condannare qualcosa o qualcuno che si considera aberrante, qualcuno che quasi viene alienato delle proprie caratteristiche umane.

I protagonisti

Antonio Ciontoli viene sin dall'inizio considerato il colpevole dell'omicidio di Marco Vannini, non tanto in base al lavoro dei magistrati inquirenti e dell'accertamento da parte di un giudice, quanto in ragione del fatto che vengono mandate in onda alcune testimonianze raccolte dai vicini di casa intervistati, i quali lo descrivono come un padre padrone, un marito che trattava la moglie come una schiava, una personalità narcisistica e prepotente.



- **Nelle interviste rilasciate dai vicini di casa viene descritto come:**
- **Padre-padrone;**
- **Marito che tratta la moglie come una schiava;**
- **Personalità narcisistica e prepotente**

Protagonista della vicenda è poi Martina Ciontoli, fidanzata della vittima, la cui figura è centrale per capire il meccanismo mediatico. La ragazza, definita a più riprese viziosa ed estremamente gelosa, vive gli anni successivi all'accaduto sotto i riflettori, non per sua volontà, ma perché i giornalisti la seguono per strada cercando di estorcerle qualche parola d'impatto da mandare in onda; le loro domande insistono sul suo atteggiamento e sulla sfera emotiva, il grande pubblico vuole sapere

perché non ha mai parlato con la famiglia di Marco Vannini o non ha mai rivolto lo sguardo verso di loro in aula.

Tutti elementi che non importano al processo penale, che non devono condizionare i giudici e che sono irrilevanti ai fini della sentenza, ma che, attraverso la lente della ricostruzione mediaticamente data, rafforzano la coloritura negativa del personaggio di Martina e la convinzione negli spettatori che il suo ruolo nell'omicidio non sia stato marginale come lei voleva far credere.

Tanto inutile ai fini dell'accertamento dei fatti e delle responsabilità, quanto centrale per gli ascoltatori del racconto mediatico è la messa in onda del programma 'Quarto Grado' della laurea di Martina Ciontoli avvenuta nel novembre 2017, prima della sentenza di primo grado dell'aprile 2018; durante la puntata della nota trasmissione, dalle poltrone del salotto televisivo, opinionisti e conduttore ascoltano la discussione della tesi in infermieristica della ragazza domandosi e domandando al pubblico come avesse potuto sostenere una tesi dedicata al primo soccorso quando quella sera non aveva soccorso Marco.

Denunce della famiglia sulla pressione mediatica

Gli avvocati della famiglia Ciontoli e i componenti della famiglia denunciano in diverse occasioni le pressioni subite dai giornalisti, che li hanno portati a rimanere chiusi in casa oppure a scappare per la strada a causa dei 'metodi violenti' (Viola Giorgini, 'Terzo binario').

DENUNCE DELLA FAMIGLIA SULLA PRESSIONE MEDIATICA

- **Maria Pezzillo:** 'Viviamo barricati in casa come topi per non farci assalire dai giornalisti';
- **Viola Giorgini:** 'Si è svolto un processo mediatico parallelo e mi sono sempre trovata a dover scappare a causa dei metodi violenti dei giornalisti';
- **Tommaso Liuzzi:** 'Sono stato minacciato a causa di uno scambio di persona con Antonio Ciontoli e la mia famiglia è stata accusata di omertà quando gli stessi operatori del processo ci avevano chiesto di non rilasciare dichiarazioni per mantenere la segretezza sul procedimento in corso e non farne un caso mediatico';
- **Federico Ciontoli:** al centro della ricostruzione alternativa, mediaticamente posta, per cui a sparare in realtà è stato lui e il padre si sarebbe preso la responsabilità su consiglio di qualcuno (il maresciallo Izzo?). I giornalisti delle lene trovano il suo nuovo indirizzo di casa e si appostano davanti al cancello ad aspettarlo. Dopo la sentenza di Appello bis che lo condanna a 9 anni e 6 mesi per concorso semplice in omicidio volontario apre una pagina Facebook in cui denuncia apertamente le pressioni mediatiche subite.

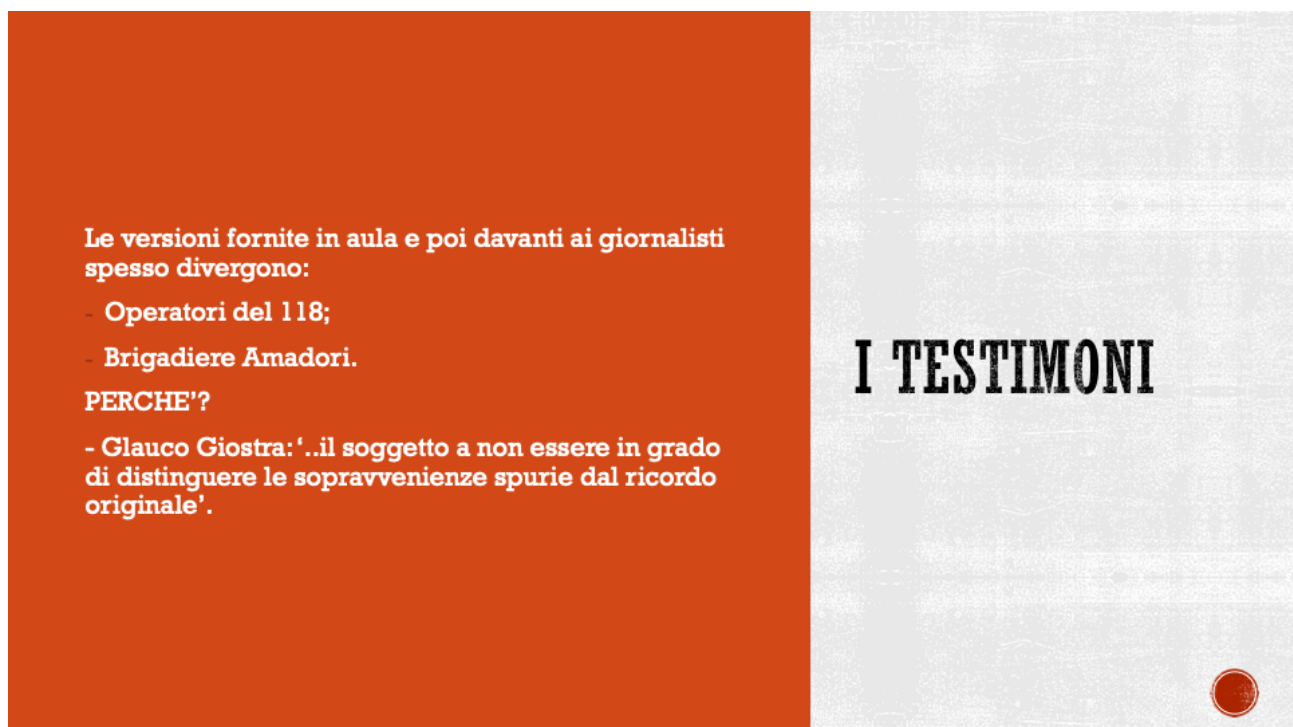


Molto discusso è il personaggio di Federico Ciontoli, il quale ha assunto un ruolo molto più centrale nel processo mediatico di quanto non abbia mai assunto per i magistrati; ciò deriva dal fatto che mediaticamente è stata posta fin dagli snodi iniziali della narrazione una ricostruzione alternativa per cui sarebbe stato il ragazzo a sparare e non Antonio. Questa verità parallela insinua dubbi e getta ulteriori ombre sui protagonisti della vicenda, ma anche su figure che rimangono a margine

del processo in aula, ossia il brigadiere Amadori del comando di Ladispoli ed il maresciallo Izzo, accusato di voler celare dietro un apparente rapporto di superficiale conoscenza un'amicizia ben più profonda che lo lega ad Antonio Ciontoli.

I testimoni

Tema centrale e spesso trascurato nell'analisi delle distorsioni create dalla lettura delle vicende giudiziarie attraverso la lente del processo mediatico è quello dei testimoni e delle persone informate sui fatti.



Nella maggior parte dei casi che suscitano un grande interesse mediatico, l'incidere martellante della narrazione giudiziaria può provocare un sensibile condizionamento sulle persone informate sui fatti; nella vicenda che riguarda la morte di Marco Vannini questa problematica emerge in particolare riguardo le dichiarazioni rese dagli operatori del 118 che avevano prestato soccorso per primi alla vittima e dalle parole del brigadiere Amadori, sentito in aula e successivamente intervistato dalla nota trasmissione televisiva 'Le Iene'.

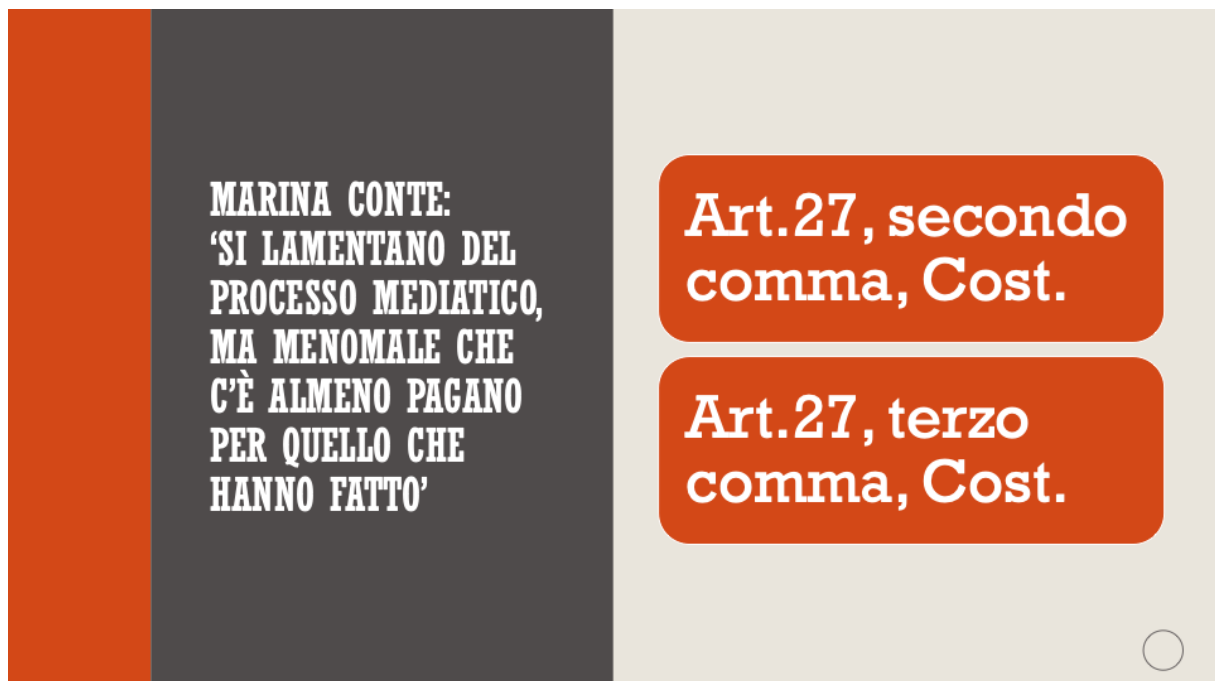
I profili critici che la grande cassa di risonanza mediatica proietta sul racconto dei protagonisti del processo sono ancora più gravi e difficilmente arginabili rispetto ai pericoli che possono interessare l'imparzialità del giudice, il quale, a differenza dei testimoni, trova rifugio nella sua professionalità e formazione giuridica, che costituisce anch'essa parte della garanzia giurisdizionale.

Le motivazioni dietro a questo fenomeno distorsivo trovano risposta negli studi di psicologia della memoria, che hanno da tempo appurato come tutto ciò che accade tra un accadimento percepito ed il momento della sua rievocazione influenza la memoria: le suggestioni post-evento vanno ad arricchire il bagaglio mnestico coordinandosi in modo solidale e imponendo una nuova coerenza agli elementi originari, senza che vi sia la possibilità per il soggetto di distinguere le eventuali sopravvenienze spurie, anche ove venisse invitato a farlo.

Il testimone è dunque incolpevole del contrasto tra dichiarazioni rilasciate, non mente cosciente di farlo, è piuttosto l'ennesima vittima del cortocircuito che deriva dalla sovrabbondanza di notizie e informazioni, che superano il naturale incedere processuale, troppo lento rispetto alla fame dell'*audience* di sapere.

Conclusioni

Ascoltando dichiarazioni, interviste e testimonianze relative all'omicidio di Marco Vannini, due frasi delineano nero su bianco come funziona questo meccanismo di drammatica messa in scena giudiziaria e quale immagine si disegna sullo specchio mediatico in cui si trovano riflessi i fatti di reato.



Marina Conte afferma: «Si lamentano del processo mediatico, ma menomale che c'è, almeno pagano per quello che hanno fatto, come non è stata in grado di fare la giustizia»; le parole di una donna spezzata dal dolore, ma condivise dalla giuria popolare dall'alto dei propri divani, si pongono in netto contrasto coi valori costituzionali di cui all'art.27, commi 2 e 3, Cost, ossia la presunzione di non colpevolezza e la finalità rieducativa della pena; non solo mediaticamente vi è un'anticipazione della colpevolezza, ma anche un'anticipazione della pena, oltre al mettere in gioco profili vendicativi che il processo penale con le sue regole e i suoi principi vuole proprio addomesticare.



- Non è oggetto di accertamento la verità storica esterna al processo penale, quanto la verità processuale che trova nel metodo del contraddittorio il miglior metodo possibile per accertare i fatti. (art.111, comma 4)



La seconda frase viene pronunciata da Giulio Golia, giornalista delle Iene, durante la conferenza stampa indetta dagli avvocati della famiglia Ciontoli, in cui l'inviato afferma: «Vogliamo la verità storica», dimenticando, proprio perché si ritrovano a rifare processi persone sfornite di competenze giuridiche sufficienti, che oggetto dell'accertamento nel processo penale non è una verità storica esterna al processo stesso, ma la verità processuale, quel nucleo fondamentale che viene fuori dal contraddittorio tra le parti, inteso come miglior metodo possibile per accertare fatti e responsabilità. L'art.111, comma 4, della Costituzione pone il principio del processo penale regolato dal metodo del contraddittorio nella formazione della prova, per cui non si possono formare accertamenti circa il fatto delittuoso unilateralmente, ma è necessario che le parti abbiano la possibilità non solo di dare la propria versione, portare elementi a favore della propria tesi e contrari alla controparte, ma anche di contribuire attivamente alla formazione della prova; il giusto processo delineato dal testo

dell'art.111, Cost. pretende che davanti ad un giudice terzo, imparziale ed equidistante dalle parti venga celebrato un processo che rispetta i diritti fondamentali della persona umana e sfrutta la forza euristica del contraddittorio che, attraverso la naturale conflittualità delle parti, consegna al giudice il materiale migliore su cui fondare la propria sentenza.

Il processo mediatico è l'antitesi del giusto processo perché i media non hanno tempo per aspettare, non hanno interesse a dare la possibilità di difendersi e fin dalla primissima notizia di reato devono consegnare un colpevole al pubblico che aspetta scalpitante, animando un'aula di tribunale virtuale dove non c'è spazio per i diritti e le garanzie.

PROCESSO PENALE, PERSONALITÀ POLITICHE E REATI SESSUALI: UN TERRENO FERTILE PER IL PROCESSO MEDIATICO

di *Margherita Beconcini e Maria Benedetti*

Il processo mediatico si sviluppa parallelamente a quello giudiziario e viene condotto dai mezzi di informazione, i quali operano come incontrastati artefici di un processo che si traduce di una vera e propria patologia della giustizia penale. Si tratta di un fenomeno che vede un allontanamento degli organi di informazione dalla funzione che fisiologicamente sarebbero deputati a svolgere e cioè quella di rappresentare, con la cronaca, ciò che accade all'interno di un processo. Accade che, al verificarsi di delitti che scuotono le l'opinione pubblica, perché lesivi di beni ritenuti fondamentali, l'interesse spasmodico della popolazione inneschi un circuito mediatico-giudiziario dai tratti quanto mai allarmanti.

Pertanto, giova evidenziare come l'interesse attivo del pubblico rappresenti al contempo causa ed effetto dell'abnorme intervento da parte degli organi principali dell'informazione sulle vicende giudiziarie: in presenza di determinate fenomenologie criminose –che per gravità o interessi aggrediti suscitano particolare attenzione– viene costruito un percorso processuale parallelo di cui sono autori svariati programmi televisivi che, assieme al cd. giornalismo d'inchiesta, assumono il ruolo di vero *dominus* dell'intero *iter* rappresentativo dei fatti e delle personalità coinvolte. In questo contesto si procede a una presentazione delle vicende apparentemente supportata da prove unilateralmente costruite e spesso degradate, da un lato perché collocate al di fuori di un contesto garantito e dall'altro perché gli strumenti di ricerca utilizzati, spesso, palesano la loro inadeguatezza. Attraverso un'abile combinazione di spunti investigativi tratti dal procedimento penale con notizie di cronaca e ipotetiche ricostruzioni, il confine tra ciò che è accertato e ciò che è rappresentato si confonde.

Molteplici sono gli effetti che si producono da una così esplosiva alchimia. La presunzione di innocenza e il diritto di difesa vengono sottoposti a tensioni e torsioni extraprocedimentali ulteriori. L'attendibilità oggettiva e soggettiva dei testimoni può essere minata dalla previa sovra-esposizione alle "verità" offerte dai media. Addirittura, il processo mediatico può incidere sull'imparzialità e la verginità conoscitiva del giudice dibattimentale, che pure trovano particolare tutela nella struttura dell'attuale codice di rito, per cui il materiale formato al di fuori delle regole del contraddittorio, sulla scorta dell'intuizione di Francesco Carnelutti, non può essere utilizzato dal giudice del merito. Del resto, nel fenomeno del processo mediatico il sovvertimento di regole, metodi e ruoli è evidentissimo: qui si verifica l'abdicazione del giudice naturale preconstituito per legge che lascia spazio ad un altro lapidario e inamovibile giudice, l'opinione pubblica.

Le aule dei tribunali sono sostituite dai salotti televisivi e così la presunzione di innocenza nulla può in confronto alla presunzione di colpevolezza, principio sulle cui righe si muove larga parte dei media.

Molte sono le vicende giudiziarie ospitate sui palcoscenici del processo mediatico: alcune di queste, tuttavia, sembrano nascere con i contorni del “caso perfetto”, in ragione delle caratteristiche dei protagonisti, della gravità delle accuse, dei beni giuridici in gioco.

Su questo sfondo, le criticità del processo mediatico meritano di essere investigate attraverso l’analisi di un caso giurisprudenziale emblematico proprio per la risonanza suscitata: il processo che coinvolse Silvio Berlusconi, allora presidente del Consiglio dei ministri, mediaticamente rinominato “*Caso Ruby*”.

I fatti e la vicenda processuale del c.d. Caso Ruby

Il protagonista di questa vicenda, Silvio Berlusconi, rappresenta l’emblema dell’indagato-imputato la cui colpevolezza o innocenza passa dalla valutazione dell’occhio imparziale del giudice a quella delle lenti distorsive dei media e dei social network.



La visibilità politica e la carica istituzionale ricoperta dal soggetto ha comportato una pubblicità connaturata nelle molteplici vicende processuali che lo hanno riguardato. In particolare, sono oltre 30 i processi che hanno visto e vedono tutt’oggi coinvolto l’ex Presidente del Consiglio dei ministri: ne richiamiamo solo alcuni per mettere in evidenza come, di fatto, molti di questi sono rimasti

inesplorati dai media e non hanno polarizzato l'attenzione dell'opinione pubblica come il caso sul quale ci preme soffermarci.

Ricordiamo il Processo Mediaset che si è peraltro concluso con la condanna di Silvio Berlusconi per appropriazione indebita, frode fiscale e falso in bilancio; il Processo Mills, dove l'ex presidente del Consiglio era accusato di corruzione e falsa testimonianza; il Processo UNIPOL incentrato sull'imputazione di rivelazione di segreto d'ufficio; il Processo Mediatrade, dove Berlusconi viene ritenuto responsabile di appropriazione indebita e frode fiscale. Nonostante la gravità delle accuse, probabilmente più conosciuti e, soprattutto, più seguiti sono stati i processi Ruby e Ruby-ter. Singolare, a proposito di questi ultimi, è la reazione dell'opinione pubblica e dei media che è risultata fatalmente attratta dall'accusa di **prostituzione minorile**, per quanto questa abbia avuto, a livello giuridico, una rilevanza decisamente secondaria. Se, dal lato del diritto, tale accusa viene agevolmente messa da parte sulla base dello stesso dettato normativo dell'*articolo 600-bis cp* che esige per la rimproverabilità del fatto la necessaria presenza dell'elemento soggettivo del dolo, dal lato della giustizia mediatica quest'accusa non può passare in secondo piano e non può essere lasciata cadere nel nulla: nell'opinione pubblica la estrema riprovevolezza di un reato che sovverte i valori etici e morali posti a fondamento di una società civile suscita un interesse voyeuristico che richiede di scandagliare tanto la vicenda penale quanto i contorni della vita privata di protagonisti e comprimari.

Sintetizzando i tratti essenziali, il caso giudiziario è suscettibile di essere inquadrato nei due capi d'imputazione formulati avverso l'allora presidente del Consiglio dei ministri: l'uno, per l'appunto di prostituzione minorile (art 600-bis cp) e l'altro di concussione (art 317 cp).

L'accusa di concussione nacque dalla telefonata fatta dal cavaliere al Capo di Gabinetto del Questore di Milano con la quale si chiedeva di rilasciare la ragazza, la quale era stata trattenuta dalla questura per furto, mentre l'accusa di prostituzione minorile venne mossa dalla Procura di Milano contro Berlusconi, ritenendo che il Presidente del Consiglio dei ministri avesse intrattenuto rapporti sessuali con Ruby, allora minorenni.

La vicenda processuale si aprì il 14 gennaio 2011 con l'invito a comparire rivolto a Silvio Berlusconi; il 9 febbraio, a causa della sussistenza di prove evidenti, il Pubblico ministero chiese il processo con il rito immediato; nonostante questo, Berlusconi decise di non presentarsi.

Il 24 giugno 2013 venne pronunciata una condanna a 7 anni di reclusione con l'accusa di prostituzione minorile e concussione per costrizione; l'imputato decise di ricorrere in appello e nel giugno del 2014 ebbe inizio il processo d'appello all'esito del quale ci fu un *overruling in melius* rispetto al primo grado.

Berlusconi fu assolto con formula piena il 18 luglio 2014: il fatto non sussiste per il reato concussione e il fatto non costituisce reato per il reato di prostituzione minorile.

A seguito del ricorso in Cassazione contro tale pronuncia di assoluzione, il 10 marzo 2015 la Suprema Corte confermò l'assoluzione di Silvio Berlusconi.

Dalle aule di giustizia al processo mediatico: “Difesa versus Accusa” si trasforma in “Innocentisti versus Colpevolisti”

Per comprendere pienamente quale fosse il comune sentire che si sviluppò attorno alla vicenda del processo Ruby, può essere d'aiuto riportare una sintesi delle posizioni espresse durante uno dei numerosi servizi televisivi che si sono interessati alla vicenda, dando voce a due fazioni contrapposte: quella dei colpevolisti, rappresentata dal giornalista Corrado Formigli e quella degli innocentisti, capeggiata dal giornalista Giuliano Ferrara.



“Colpevolisti”

Corrado Formigli parla di “verità giudiziaria” e “verità storica”, sottolineando come troppo spesso in Italia queste vengano erroneamente sovrapposte.

Se la verità giudiziaria ci dice che Silvio Berlusconi è innocente, la verità storica è presumibilmente legata al fatto che egli ha intrattenuto rapporti di natura sessuale con una minorenne e tale verità storica non può soccombere totalmente alla prima, ossia a quella giudiziaria.

Nella prospettiva coltivata dal noto giornalista, Berlusconi non è stato affatto la vittima di un complotto che ne ha minato la carica istituzionale, dal momento che la stessa funzione da lui svolta evidentemente porta con sé una visibilità pubblica che lo sottopone al vaglio del giudice popolare.

La commistione tra giudizio morale, giudizio politico e giudizio penale si fa evidente, quando viene osservato che lo stile di vita, benché privato, condotto da Silvio Berlusconi reca con sé un notevole disvalore sociale, che non può vaporizzarsi dinnanzi alla formula assolutoria «il fatto non sussiste», perché per il sentir sociale “il fatto sussiste e costituisce un atto biasimevole”.

“Innocentisti”



Coltivando un diverso punto di vista, Giuliano Ferrara definisce il processo che ha coinvolto l'ex Presidente del Consiglio un «porno processo» ed esordisce affermando come la procura si sia «ubriacata» nello svolgimento dell'inchiesta, facendo riferimento soprattutto al PM Ilda Bocassini e alla “inquisizione stile anni ‘50” che la stessa avrebbe condotto nei confronti di Berlusconi, andando ad invadere la sua vita privata. Ferrara sottolinea come l'ex premier sia stato bersaglio della magistratura a causa del suo stile di vita.

Il contegno di una persona può rilevare sotto il profilo etico-morale, infatti *nulla quaestio* se il cittadino-elettore decide di censurare sotto il profilo politico Berlusconi, ma le scelte relative alla sfera intima e privata di una persona non possono e non devono costituire la base fondante di un'imputazione di colpevolezza a livello giuridico.

Gli “strumenti rimediali”

Per quanto attiene al profilo giuridico in senso stretto l'ordinamento predispone degli istituti che possono atteggiarsi a strumenti parzialmente rimediali e/o limitativi rispetto al processo mediatico e che, pure, sono stati attualizzati alla luce di interventi normativi che ne hanno indubbiamente accresciuto le potenzialità:

- Il diritto all'oblio nella cd. Riforma Cartabia
- La presunzione di non colpevolezza e il d.lgs. n.188 dell'8 novembre 2021

Il diritto all'oblio nella c.d. riforma Cartabia



Il fenomeno del processo mediatico “marchia” il soggetto protagonista, che, anche quando sia intervenuta una sentenza assolutoria, continua a vedersi addossata una colpevolezza sulla base delle numerose notizie, cronache, ricostruzioni che hanno accompagnato il dipanarsi della vicenda giudiziaria. Tutto ciò ha espresso quanto più l’esigenza di

rafforzare la disciplina del **diritto all’oblio**.

I processi mediatici, infatti, danno vita a dibattiti pubblici sulla colpevolezza o meno dell’indagato e approdano spesso alla pronuncia di sentenze definitive, senza che il soggetto abbia la possibilità di liberarsi di quello stigma, il quale è divenuto sempre più marchiante anche a causa dell’affermarsi dei social network come luogo ove si adottano giudizi in tempi e con modalità ancora più sommari di quelli caratterizzanti il processo mediatico di matrice più “tradizionale”.

Tutto questo ha fatto sempre più avvertire come necessario l’intervento del legislatore su questa tematica, sulla quale sono stati forniti alcuni primi abbozzati strumenti con la **legge n.134 del 27/09/2021** (cd. **Riforma Cartabia**).

Nell’ambito di tale riforma è previsto che, qualora venga emessa sentenza di assoluzione, un decreto di archiviazione ovvero una sentenza di non luogo a procedere, il provvedimento costituisca titolo per l’emissione di un provvedimento di **deindicizzazione** dalla rete internet dei contenuti relativi al procedimento penale, contenente i dati personali dell’indagato o dell’imputato. È doveroso precisare che, rispetto alle notizie pubblicate sui vari siti web, non ci sarà una vera e propria cancellazione dei contenuti dai siti, che avevano proceduto a pubblicare la notizia sulle indagini o sul processo. La riforma, infatti, prevede soltanto la deindicizzazione, che nella pratica sortirà comunque il medesimo effetto, ossia evitare che quell’informazione venga rintracciata da chi compie una ricerca digitando il nome e il cognome della persona coinvolta nella vicenda giudiziaria.

- **L’articolo 1, comma 25** della l. n. 134/2021 prevede che i decreti di archiviazione, le sentenze di non luogo a procedere e le sentenze di assoluzione vengano trasmessi al Garante per la protezione dei dati personali e «*costituiscono titolo per l’emissione senza*

indugio di un provvedimento di deindicizzazione dalla rete internet dei contenuti relativi al procedimento penale contenenti i dati personali degli indagati o imputati».

La presunzione di innocenza e le intersezioni tra processo e media nella disciplina del d.lgs n. 188/2021

Un importante profilo critico innescato dal processo mediatico riguarda principio contenuto all'articolo 27 comma 2° della nostra carta costituzionale: *la presunzione di non colpevolezza*. Tale articolo, infatti, nel sancire che «[l]’imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva», pone non solo un criterio di giudizio che presidia la decisione di merito del giudice, ma anche un criterio di trattamento, vietando di trattare l’indagato/imputato come se fosse già colpevole, ossia anticipando valutazioni di colpevolezza durante il procedimento: evidenti sono gli intrecci con il processo mediatico, che si nutre di allusioni, enunciati e ricostruzioni spettacolari che offrono alla pubblica opinione facili e rapide individuazioni dei colpevoli. Il fenomeno, pur ruotando sull’asse della attività mass-mediatica, attinge vitalità e trae forme di legittimazione dall’uso di spunti tratti dall’attività giudiziaria: il rispetto del segreto investigativo e la continenza delle comunicazioni fatte dall’autorità pubblica rappresentano, dunque, importanti argini per le derive del processo mediatico.

Di queste considerazioni si è mostrato consapevole il legislatore quando ha approvato ' il **decreto legislativo n.188/2021**, il quale contiene disposizioni per il compiuto adeguamento della direttiva europea 2016/343 del Parlamento e del Consiglio sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza. L’intervento in materia «muove dal ragionevole timore dell’avvio di una procedura d’infrazione nei confronti del nostro paese» (Alessandro Malacarne). L’obiettivo perseguito e la necessità avvertita sono stati quelli di trovare un bilanciamento tra il diritto di cronaca e i diritti dell’indagato-imputato, primo tra tutti proprio il diritto a non essere considerato colpevole. Tale principio, infatti, è messo in crisi ogniqualvolta, durante lo svolgimento del processo mediatico, le pubbliche autorità propongano una visione del soggetto indagato come colpevole; visione dalla quale, a causa dell’amplificazione data dalla cassa di risonanza mediatica, sovente è molto difficoltoso per il soggetto allontanarsi anche dopo l’intervento di un’eventuale assoluzione.

Modifiche e novità principali del d.lgs 188/2021

1. **L’art. 2**, rubricato «*Dichiarazioni di autorità pubbliche sulla colpevolezza delle persone fisiche sottoposte a procedimento penale*», prevede un divieto per le autorità pubbliche di indicare come colpevole la persona sottoposta ad indagini o l’imputato fino a

quando non sia accertata la colpevolezza con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabili. È interessante soffermarsi sul significato di “pubblica autorità”, poiché senza dubbio il legislatore ha inteso riferirsi all’ autorità giudiziaria, di polizia, ministri e altri pubblici funzionari come i membri di autorità indipendenti o enti pubblici territoriali, ma ha escluso i giornalisti, i quali non rientrano nell’ambito di applicazione soggettiva di tale decreto. Ed è per questa ragione che pare opportuno evidenziare il carattere, in parte deficitario, di tale intervento normativo, nella misura in cui il legislatore avrebbe potuto cogliere l’opportunità di regolare l’informazione giudiziaria e censurare il linguaggio molto spesso poco continente degli organi di informazione. Si prevede altresì, al comma 2°, la possibilità per l’interessato di chiedere la rettifica, da effettuarsi non oltre le 48 ore dalla ricezione della richiesta, delle dichiarazioni rese dall’ autorità. La rettifica deve esser poi resa pubblica con le stesse modalità o con modalità analoghe alla dichiarazione. Questo dovrebbe avere un impatto sul processo mediatico in considerazione del fatto che si richiede una maggior attenzione nel rilasciare dichiarazioni in contesti pubblici, come ad esempio conferenze stampa, e si auspica che ciò riesca togliere un po’ di ossigeno al fuoco che divampa dalla risonanza mediatica di una vicenda giudiziaria. «Se l’obiettivo che si intende perseguire è quello di evitare una rappresentazione del soggetto come colpevole, una pubblica ammenda da parte dello stesso autore potrebbe sortire **effetti “riabilitanti” dell’interessato verso l’intera collettività** più di quanto possa fare un’imposizione “dall’alto” ordinata da un organo giurisdizionale» (Alessandro Malacarne). In caso contrario l’interessato potrà adire il giudice civile che in sede cautelare, ex art.700 cpc, potrà ordinare la pubblicazione della rettifica.

2. **L’articolo 3** modifica l’articolo 5 del decreto legislativo n.106 del 20 febbraio 2006, il quale contiene disposizioni importanti che vanno a limitare l’oggetto delle conferenze stampa del Pm: viene inserito il comma 2-*bis* all’art 5 dove si specifica come la diffusione di informazioni sui procedimenti penali sia consentita solo quando «strettamente necessaria» per la prosecuzione delle indagini o se ricorrono altre specifiche «ragioni di interesse pubblico». Si specifica, inoltre, la necessità di sottolineare la fase processuale nella quale ci si trova, in modo da garantire alla persona sottoposta ad indagini o all’imputato di non esser indicati come colpevoli fino a che la colpevolezza non sia accertata con sentenza passata in giudicato.

3. **L’articolo 4** apporta delle modifiche al codice di procedura penale, inserendo **l’articolo 115-bis** rubricato “Garanzia della presunzione di innocenza”. Si ribadisce come la persona sottoposta ad indagini non possa esser indicata come colpevole nei provvedimenti

fino alla pronuncia della sentenza penale di condanna, sottraendo a questo divieto gli atti del Pubblico Ministero volta a dimostrare la colpevolezza dell'indagato o dell'imputato. Si prevede anche in questo contesto la possibilità per l'interessato di chiedere, entro 48 ore, la correzione di tali provvedimenti al giudice laddove venga violato il divieto disposto al comma 1° dell'articolo in questione.

«La presunzione di innocenza è legge: ora fate in modo che i PM la rispettino»

È interessante, per concludere la disamina in materia, riportare un articolo di Valentina Stella pubblicato sul Il Dubbio, nel quale si possono apprezzare alcune dichiarazioni di deputati, senatori e avvocati in commento a questo nuovo decreto-legge, entrato in vigore a partire dal 14 dicembre 2021.

Il titolo dell'articolo è in sé molto espressivo di una perplessità che accompagna il decreto stesso, mostrando gli ostacoli che il provvedimento legislativo potrebbe trovarsi davanti dopo essere uscita dal ventre del Parlamento.

❖ **Enrico Costa:** si tratta di «un provvedimento di portata storica», «non vorremmo venisse sveltita sul campo». Durante la sua intervista l'on. Costa ha presentato ai giornalisti un modulo con cui qualsiasi cittadino potrà segnalare al ministero della Giustizia eventuali violazioni della norma come testimonianza della massima volontà che la nuova legge non venga aggirata, come già successo in passato per altre disposizioni che pure limitavano la comunicazione delle Procure.

❖ **David Ermini:** «parlando a titolo personale e di avvocato, non da vicepresidente del Csm, sono un po' scettico. Se esce la notizia che un personaggio noto è indagato, il danno è già fatto».

❖ **Giorgio Spangher:** egli non si sofferma tanto sul decreto legislativo in sé, quanto piuttosto sulla necessità di intervento e modifica di due articoli della Costituzione, il 27 e il 13: «Per mantenere viva la fiammella di questo cambiamento culturale che investe tutti, i politici devono assumere una iniziativa di modifica costituzionale perché due punti sono assolutamente inadeguati: trasformare la presunzione di non colpevolezza in “considerazione di innocenza” e sostituire la carcerazione preventiva in “misure cautelari”. La semantica è importante. Dico questo perché la ministra della Giustizia Cartabia è una costituzionalista e non credo che si troveranno ostacoli in Parlamento».

❖ **Andrea Ruggieri:** «questo è solo un primo passo, il secondo saranno i referendum, verso il traguardo di un ritorno alla civiltà e della fine della cultura del sospetto, del torbido,

agitata da una piccola parte di magistrati che hanno danneggiato la sacralità della funzione giudiziaria».

Il c.d. processo Ruby e gli strumenti invocati a contenimento dell'eco mediatica: la rimessione del processo

La rimessione è un istituto previsto negli artt. 45 ss. del nostro codice di rito come presidio all'imparzialità del giudice, inteso come ufficio; riguarda, infatti, tutti i magistrati che fanno capo ad un determinato ufficio e che sono colpiti da una situazione che non consente loro di svolgere serenamente la propria funzione.

L'art. 45 c.p.p. prevede che “[i]n ogni stato e grado del processo di merito, quando gravi situazioni locali, tali da turbare lo svolgimento del processo e non altrimenti eliminabili, pregiudicano la libera determinazione delle persone che partecipano al processo, ovvero la sicurezza o l'incolumità pubblica o determinano motivi di legittimo sospetto, la corte di cassazione, su richiesta motivata del procuratore generale presso la corte di appello o del pubblico ministero presso il giudice che procede o dell'imputato, rimette il processo ad altro giudice, designato a norma dell'articolo.



Tale disciplina permette di spostare il giudizio da un ufficio giudiziario ad un altro, seguendo il sistema tabellare previsto dall'articolo 11 c.p.p, quando nel luogo dove è radicato originariamente, in base alle regole relative alla competenza territoriale, si verificano situazioni locali tali da non consentire il sereno svolgimento dell'attività processuale.

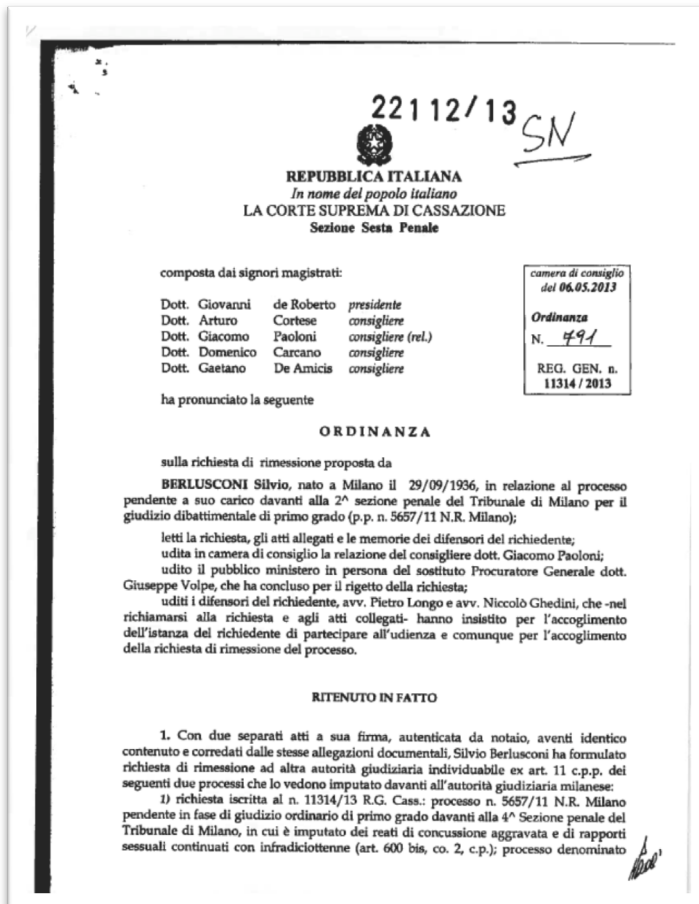
L'origine di questo istituto è ottocentesca: fu pensato per tutelare i tribunali dalle pressioni esercitate alle loro porte e dalle eventuali incursioni da parte dei moti insurrezionali dell'epoca che trovavano causa nell'area geografica circostante la sede giudiziaria di quel processo e che senza ombra di dubbio erano fonti di alterazione della serenità nello svolgimento processuale.

Oggi è un istituto, in fin dei conti, desueto in ragione della rapidità e della facilità con cui le notizie

circolano; sicuramente gli strumenti di comunicazione e l'agevole possibilità di spostamento geografico sul territorio di cui tutti noi disponiamo rendono abbastanza scontato l'espedito della rimessione.

La, seppur breve, ritrovata auge dell'istituto fu proprio connessa all'utilizzo che ne fu fatto dall'allora Presidente del Consiglio dei ministri Silvio Berlusconi relativamente al caso in questione lamentando la mancanza di imparzialità del distretto milanese, anche in connessione alle numerose vicende giudiziarie che lo vedevano protagonista.

Ci soffermiamo, dunque, sull'analisi dell'**ordinanza n.791/2013** della Corte di Cassazione in risposta alla richiesta di



rimessione del processo, la quale è interessante, da un lato, nel delineare i tratti principali dell'istituto in questione e, dall'altro, nell'essere testimonianza dei risvolti pratici del fenomeno del processo mediatico.

Da un lato la **richiesta di rimessione** formulata dalla difesa evidenzia, nel caso concreto, molti dei rilievi critici che il processo mediatico può comportare all'interno della vicenda processuale. Dall'altro lato l'**ordinanza della Corte di Cassazione** si pone in linea con una giurisprudenza, ormai consolidata, che va nella direzione di rigettare le istanze di rimessione del processo per fatti che non risultano strettamente ancorati all'ambito territoriale in cui si svolge la vicenda giudiziaria.

La stessa ordinanza della Suprema Corte affermerà, infatti, in modo lapidario l'impermeabilità nel caso in questione dell'imparzialità dell'autorità giudiziaria rispetto alla dimensione necessariamente mediatica di un processo che coinvolge una figura istituzionale quale quella rivestita da Silvio Berlusconi.

La richiesta di Silvio Berlusconi

Silvio Berlusconi per mezzo del difensore lamenta che il clima giudiziario milanese sia *sospetto* avuto riguardo alla serenità e imparzialità di giudizio da parte degli organi giudicanti.

Egli richiama quale connotato fondante il giusto processo, *ex art.111 Costituzione*, il canone della naturale imparzialità del giudice rappresentativo di valori di *equidistanza del giudice rispetto alle parti e di uguaglianza delle parti rispetto al giudice*.

La difesa lamenta la mancanza di imparzialità e serenità del giudice milanese nel suo giudizio, causata dalla «gravità della situazione locale». Quanto detto trova conferma, secondo il richiedente, nell'estensione dell'ambito di applicazione dell'art.45 cpp che, a partire dalla legge n.248/2002, si riferisce ai «motivi di legittimo sospetto»: non sarebbe, dunque, necessaria una menomazione effettiva dell'imparzialità e serenità del giudice bensì il solo dubbio o la mera possibilità che ciò avvenga è sufficiente per l'applicabilità dell'istituto.

Si richiama anche la dimensione oggettiva del bene dell'imparzialità, ossia la necessità che l'autorità giudiziaria non solo sia imparziale nell'esercizio della propria funzione ma debba anche apparire e risultare esternamente in tal modo. A sostegno di questa affermazione il richiedente riporta le stesse parole utilizzate dalle SU della Cassazione «il processo deve svolgersi in un contesto che non faccia mai dubitare che le persone che vi partecipano possano non essere imparziali o serene anche se il grado di condizionamento della loro libertà non è tale da precludere ogni alternativa alla parzialità e alla non serenità».

Si richiamano i numerosi episodi verificatisi nell'ambito del distretto giudiziario milanese, che denotano l'esistenza di un clima ambientale inquinato dalla parzialità dell'organo giudicante, configurandoli come prova della sussistenza di una grave situazione ambientale incompatibile con la celebrazione di un processo sereno e imparziale. A tal fine sono richiamati:

1. Processo Mills: per le pesantissime reazioni riguardanti la Dr.ssa Vitale, presidente del collegio giudicante ed estensore della sentenza ritenuta responsabile di aver consentito il maturarsi della prescrizione.
2. Processo diritti televisivi: per la tenace volontà del collegio giudicante di chiudere il processo in *tempi da record*.
3. Causa civile di separazione coniugale: per la somma mensile di mantenimento per la ex moglie Miriam Bartolini corrispondente a € 3 milioni e per quanto seguito dopo l'osservazione dell'ex Presidente del Consiglio dell'irragionevolezza della somma di denaro (lo stesso presidente del Tribunale e, successivamente, quello della Corte d'Appello sono intervenuti pesantemente con un comunicato stampa con il quale hanno stigmatizzato le dichiarazioni di Silvio Berlusconi).

4. Processo UNIPOL: per il pregiudizio evidente nei confronti di Silvio Berlusconi messo in luce dal fatto che il collegio decidente nel processo in questione non ha inteso attendere la decisione di legittimità sulla ricusazione proposta in quel giudizio nei confronti della dr.ssa Guadagnino (giudice *a latere* del presidente Magi, la quale aveva già ricoperto questo ruolo nel processo Diritti).

Per quanto attiene al processo per concussione e prostituzione minorile (c.d. Ruby) il richiedente lamenta le inconsuete e aggressive modalità con le quali si sono svolte le perquisizioni e i sequestri documentali nei confronti degli ospiti presenti alla Villa di Arcore e il fatto che le stesse sono state sottoposte a intercettazioni telefoniche i cui contenuti sono stati diffusi a mezzo di stampa, benché privi di rilevanza processuale.

Si richiama l'atteggiamento tenuto dal collegio giudicante nella persona del suo Presidente, la dr.ssa Giulia Turri, «chiaramente prevenuta» nei confronti dell'imputato: si è infatti imposta una calendarizzazione con un ritmo di udienze straordinariamente serrato anche a dispetto degli impegni processuali concomitanti e politici.

Infine, il richiedente accusa l'assegnazione delle indagini preliminari alla Dr.ssa Ilda Boccassini sottolineando la presenza di situazioni di palese incompatibilità, essendo ella portatrice di ragioni economiche antecedenti al procedimento in questione (conflitto con società possedute/controllate da Berlusconi per cause risarcitorie)

La risposta della Cassazione: ord. 791/2013

La Corte di Cassazione è lapidaria nella sua posizione: la richiesta di rimessione del processo Ruby avanzata dal Silvio Berlusconi non può trovare accoglimento, perché i delineati rilievi di natura procedurale sono senza fondamento e le connesse prospettazioni di merito sono infondate.

Per quanto attiene agli episodi processuali, richiamati dallo stesso Berlusconi, la Corte afferma la loro completa estraneità ai referenti normativi e alla sedimentata interpretazione giurisprudenziale dell'istituto della rimessione.

La Cassazione, a seguito di una breve sintesi dell'evoluzione normativa dell'istituto (dal Codice del 1930 sino al 2002 con l'intervento della legge Cirami), consapevole della complessità dell'istituto si limita a rapidi riferimenti di sintesi:

- L'articolo 25 Costituzione: la Corte ritiene garantita l'imparzialità del giudice -



tra i vari profili questo era uno di quelli lamentato da Berlusconi- per il solo fatto che la riserva di legge viene rispettata laddove vi sia la predeterminazione del giudice rispetto al fatto compiuto. L'imparzialità è perseguita attraverso la precostituzione del giudice.

■ La Suprema Corte sottolinea come i turbamenti che attengono all'ordine pubblico processuale e alla serenità del giudice possano essere ricondotti unicamente ad elementi esterni del processo.

Prosegue la Cassazione, sostenendo che l'istituto della rimessione, come novellato nel 2002, prevede che le gravi situazioni locali si manifestino lungo una triplice linea di possibile pregiudizio:

1. Pregiudizio per la libera determinazione delle persone partecipanti al processo
2. Pregiudizio per la sicurezza o la pubblica incolumità
3. Ragioni di legittimo sospetto di parzialità del giudice: in questo senso «grave» deve essere non il legittimo sospetto sul giudice ma la «situazione locale» che ne è causa.

Quanto al dubbio della parzialità del giudice la Corte rileva come le mere congetture, supposizioni, illazioni o vaghi timori soggettivi dell'imputato non possono giustificare l'eventuale rimessione.

Interessante è il fatto che la Corte in questa sua giurisprudenza si spinga fino ad affermare come non possano costituire turbativa influente sul processo le campagne di stampa locali o nazionali, ovvero le libere manifestazioni in piazza.

Qualche indicazione sulle fonti consultate:

- www.altalex.com
- archiviodpc.dirittopenaleuomo.org
- www.normattiva.it
- www.brocardi.it
- ilfattoquotidiano.it
- Valentina Stella, *La presunzione di innocenza è legge: ora fate in modo che i pm la rispettino*, Il Dubbio, 14 dicembre 2021
- <https://youtu.be/0WF5zfMDLvY> (Ferrara-Formigli)
- https://youtu.be/KXshKVGFO_g (Padellaro-Sallusti)
- Alessandro Malacarne, *La presunzione di non colpevolezza nell'ambito del d.lgs. 8 novembre 2021, n.188: breve sguardo d'insieme*, in *Sistema Penale*, 17 gennaio 2022

CAPITOLO VI

ORGANIZZAZIONE DEL GOVERNO E DELLA PUBBLICA

AMMINISTRAZIONE

(prof.ssa Elisabetta Catelani)

Presentazione. Tecnica e politica: un binomio indissolubile

Il progetto è stato declinato, nel corso d'insegnamento di Organizzazione del governo e della p.a., come uno strumento per confrontarsi direttamente, da parte di tutti gli studenti frequentanti, con una pluralità di problematiche che la pandemia ha posto in evidenza in ordine alla trasformazione del modo di operare del governo e della p.a.

Gli studenti, con il coordinamento del dott. Giammaria Gotti, sono stati divisi per gruppi al fine di consentire loro di esaminare ed approfondire una pluralità di tematiche significative: gli effetti della pandemia e poi del PNRR sul diritto alla salute, sulle pari opportunità, sul complesso rapporto Stato/Regioni, sulla transizione ecologica e tecnologica. Il lavoro in gruppo ha consentito di acquisire competenze nella ricerca dei materiali, nel modo di approfondire una tematica relativamente nuova, nel coordinamento e nel confronto con i componenti del gruppo. Il lavoro è poi terminato con una discussione in aula con gli altri colleghi di corso, dopo che ciascuno aveva contribuito alla predisposizione delle slides esplicative e ad una relazione scritta inviata ai docenti.

Fra i vari gruppi che hanno lavorato si è ritenuto di poter valorizzare, in questa sede, le relazioni che si sono occupate di un tema trasversale rispetto a tutti quelli prima elencati, ossia appunto il complesso rapporto fra tecnica e politica nell'organizzazione del governo.

I tre scritti di seguito riportati costituiscono la rielaborazione delle relazioni tenute dagli studenti Michael Lucini, Matteo Coturri e Mattia Morotti. In particolare, Michael Lucini analizza il difficile rapporto tra tecnica e politica, anche secondo una prospettiva di storia costituzionale; Matteo Coturri esamina criticamente le funzioni del cd. Comitato tecnico scientifico durante la pandemia, anche con uno sguardo comparatistico; infine, Mattia Morotti analizza il ruolo delle nuove tecnologie nelle decisioni politiche.

Gli scritti sono stati elaborati con la supervisione del dott. Giammaria Gotti.

IL RAPPORTO TRA TECNICA E GOVERNO

STORIA E PROSPETTIVE

di *Michael Lucini*

Sommario: 1. Introduzione – 2. Come la tecnica influisce sul governo – 3. Il governo tecnico – 4. I governi tecnici come succedutisi nella storia repubblicana – 5. La tecnica per fronteggiare il periodo pandemico – 6. Il rapporto tra tecnica e governo: la tecnocrazia come stato patologico – 7. Considerazioni finali.

1. Introduzione

La tecnica e il *governo* hanno avuto un rapporto plurisecolare, quasi biunivoco, che affonda le radici nei consiglieri del re (che aiutavano il sovrano nelle sue scelte tecniche mediante la loro competenza) e che ha visto uno sviluppo notevole, soprattutto negli ultimi secoli, con la burocratizzazione e la centralizzazione che hanno caratterizzato gli Stati moderni.

2. Come la tecnica influisce sul governo

Una parte della dottrina¹ si è domandata in un recente lavoro se il rapporto governo-tecnica debba essere considerato come un *dualismo* o come una *polarità*. Questa domanda, che può sembrare secondaria, è in realtà cruciale ai fini di una disanima coerente e completa del tema in esame, in quanto, a seconda dell'una o dell'altra opzione, i rapporti cambiano sensibilmente. Se costruiamo il rapporto come un *dualismo*, arriveremmo a definirlo come un'opposizione tra le due componenti; costruendo invece il rapporto come una *polarità*, lo consideriamo come una necessaria coesistenza, in quanto i poli, sebbene opposti, sono coesenziali.

Balduzzi propende per una concezione del rapporto come una polarità, in quanto una componente è strettamente legata da un rapporto di necessaria strumentalità all'altra. Ritenere il rapporto tra tecnica e politica come una polarità e, quindi, di strumentalità e coesenzialità, è in effetti particolarmente convincente, in quanto la tecnica è strumento necessario al *politico* che vuole affinare le proprie finalità, per l'appunto politiche, alla luce dei dati scientifici o quanto meno tecnici, e allo stesso tempo il *tecnico*, avendo una visione limitata alla propria competenza, non potrà risolvere tutte le problematiche che gli si presenteranno, in quanto gli manca una visione "ecumenica" che solo il politico possiede.

¹ R. Balduzzi, *Introduzione generale*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del Seminario Annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", Como, 20 novembre 2015.

Calzante per spiegare e rafforzare la tesi proposta è la frase di Guarino: «L'opera dei tecnici incontra dei limiti obiettivi al di là dei quali si estende lo spazio riservato all'opera dei politici». La citazione spiega come vi sia una necessaria compresenza fra i due poli, che nella fisiologia del rapporto dovrebbe mantenere scisse le aree di azione: il politico dovrebbe porre i fini, il tecnico prospettare le soluzioni conformi ai fini.

La tecnica, come detto, è essenziale alla realizzazione delle finalità poste dall'organo politico di governo, ma, a sua volta, influenza notevolmente l'organo politico per quanto riguarda la scelta delle forme e delle modalità di redazione di un atto normativo che inveri le finalità politiche decise dall'organo di governo.

Il rapporto tra tecnica e governo per quanto riguarda la funzione normativa del governo può essere analizzato secondo varie prospettive: sicuramente la tecnica influisce sulla scelta del tipo di atto, consigliando quale adottare (ad esempio il governo potrebbe propendere per l'adozione di un decreto legge ed il tecnico potrebbe invece consigliare l'approvazione di una legge formale di iniziativa governativa); il tecnico, ovviamente dovrà prospettare all'organo politico di governo le possibili modalità di attuazione del fine politico da raggiungere; infine, inciderà sulla qualità redazionale dell'atto.

3. Il governo tecnico

Nell'esame del rapporto tra tecnica e politica, indispensabile è senz'altro un riferimento alla nota figura del "governo tecnico", che è stato descritto come una sorta di "*deus ex machina*" delle tragedie classiche, o come figura che arriva sulla scena e sconvolge tutto, essendo in grado di giungere alla risoluzione di ogni questione². Il ricorso ai tecnici e, quindi, al cosiddetto "governo tecnico", viene visto di solito come *extrema ratio*, in quanto si è giunti nella storia repubblicana all'utilizzo di questo tipo di governo in situazione di insanabile crisi dei partiti o di estrema fragilità economico-finanziaria.

Si parla di "governo tecnico", ma alcuni preferiscono parlare di "governo composto da tecnici": la differenza può sembrare minima, ma è sostanziale. Il governo tecnico viene inteso come un governo composto solo da tecnici e dove rileva solo la componente tecnica, ma come sappiamo, ai sensi dell'art 94 della Cost., nessun governo può esimersi entro dieci giorni dal proprio giuramento dal presentarsi alle Camere per ottenere la fiducia. Parlando di *governo tecnico*, quindi, dimentichiamo un elemento cruciale, vale a dire la fiducia parlamentare, che è *conditio sine qua non* per l'effettività dell'esercizio dei poteri del governo. Parlando invece di *governo composto da tecnici*, si

² S. Talini, *La forma di governo alla prova delle trasformazioni della (classe) politica. Riflessioni a seguito della formazione del governo Draghi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021.

mette in luce maggiormente l'aspetto democratico della legittimazione, che il Parlamento deve concedere con la fiducia, rispetto all'elemento tecnico delle conoscenze e delle *skills* che il Presidente del Consiglio e/o i suoi Ministri possiedono.

Il governo tecnico risulta essere un governo la cui compagine è totalmente (governo tecnico in senso stretto, ad esempio il governo Monti) o parzialmente composta da tecnici (governo semi-tecnico, ad esempio l'attuale governo Draghi). Caratteristica che si è riscontrata nella prassi dei governi tecnici o semitecnici succedutisi in Italia è il suo essere appoggiato da una maggioranza molto ampia, tanto da estendersi quasi all'intero emiciclo parlamentare.

La storia repubblicana ha visto un utilizzo dei "governi tecnici" solo come *extrema ratio*, come già detto, quindi un ricorso solo episodico. Questi governi mostrano tra loro somiglianze notevoli in quanto frutto di esigenze contingenti legate spesso a motivazioni economiche e ad un'incapacità della politica di trovare la "quadra" per dirimere la situazione di difficoltà. La durata degli esecutivi tecnici, nella prassi, è risultata limitata o al superamento delle problematiche che era chiamato a risolvere o al tempo rimanente della legislatura.

Da sottolineare è il fatto che non sia mai nato alcun governo tecnico ad inizio legislatura, come ricorda De Fiores³, con l'unica eccezione dei peculiari eventi che hanno aperto la XVIII legislatura (il riferimento è al pre-incarico affidato da Mattarella all'economista Carlo Cottarelli, che cadde poi nel vuoto, in quanto si raggiunse un accordo per la formazione di un governo politico tra Movimento 5 stelle e Lega).

4. I governi tecnici come succedutisi nella storia repubblicana

Tendenzialmente si ritiene che il primo ricorso al governo tecnico si sia avuto solo dopo il 1992, in seguito ad una forte delegittimazione dei partiti a causa dell'inchiesta "Mani Pulite" che portò una forte scossa nella politica italiana, con il governo Ciampi; una dottrina minoritaria ritiene invece che il primo esempio di governo tecnico vada rinvenuto nel governo Pella (in carica per solo 155 giorni tra il 1953 e il 1954).

Abbiamo 4 sicuri esempi nella storia costituzionale italiana di governi tecnici o semi-tecnici:⁴ il governo Ciampi in carica tra il 1993 e il 1994, il governo Dini in carica tra il 1995 e il 1996, il governo Monti in carica tra il 2011 e il 2013 e, infine, il governo Draghi.

³ C. De Fiores, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2021.

⁴ Cfr. A. Sciortino, *Il governo tra tecnica e politica: le funzioni*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit.

Se i primi due governi tecnici nascevano con un programma di governo puntuale e limitato a sorreggere l'amministrazione statale "a tempo determinato", gli ultimi due governi tecnici, il governo Monti e il governo Draghi, sono stati caratterizzati da una visione più olistica in quanto chiamati a risolvere le più svariate problematiche (ad esempio il governo Draghi è chiamato non solo a fronteggiare l'emergenza sanitaria, ma anche l'emergenza socio-economica seguita alla pandemia).

Il primo esempio di governo tecnico vero e proprio, come si diceva, fu il governo presieduto da Carlo Azeglio Ciampi, ex presidente della Banca d'Italia. Per la prima volta venne nominato dal Presidente della Repubblica un soggetto esterno alla scena politica, dato che l'Italia si trovava nel bel mezzo della peggior crisi dei partiti politici del periodo repubblicano, travolti dall'inchiesta giudiziaria di "Mani Pulite". Il presidente Ciampi era legittimato dalla propria competenza in ambito economico e presentato come la persona più adatta a guidare un esecutivo chiamato a risolvere la dura situazione economica e a conformare il nostro paese ai criteri di convergenza con i quali l'Italia si era vincolata attraverso la ratifica del Trattato di Maastricht.

Il successivo governo tecnico presieduto da Lamberto Dini, anch'egli proveniente dai ranghi della Banca d'Italia, nasce per risolvere la situazione di divisione politica che si genera in seguito alla sfiducia del governo Berlusconi I. Alla nascita del governo Dini, troviamo una situazione molto simile a quella verificatisi appena due anni prima alla nascita del governo Ciampi: un programma di governo puntuale, volto alla realizzazione solo di determinati obiettivi prefissati e la consapevolezza che il governo avrebbe dovuto traghettare l'amministrazione statale fino al successivo periodo elettorale.

Il terzo governo tecnico, guidato dall'economista ed ex commissario europeo Mario Monti, vede la sua origine a fronte della grave crisi dei debiti sovrani che imperversava nel 2011 soprattutto in paesi come l'Italia, dove il debito pubblico raggiungeva quote considerevoli. Una fiducia traballante, le pressioni dovute alla cosiddetta "lettera Trichet-Draghi", rispettivamente presidente uscente ed entrante della Banca Centrale Europea, ricevuta in agosto dal Presidente del Consiglio, e lo spread in rapidissima ascesa, avevano portato alle dimissioni dell'esecutivo. Il clima economico aveva portato il presidente della Repubblica Napolitano a fulminee consultazioni, che nel giro di un week-end portarono alla nomina del Presidente del Consiglio e dei ministri nel tentativo di porre rapidamente un argine alla crisi economico-finanziaria che affliggeva il nostro paese.

Caratteristica principale del governo Monti, come in parte precedentemente anticipato, è il fatto di inserirsi in una congiuntura tale per cui si è venuta a creare "una specie di doppio rapporto fiduciario": con il Parlamento, ovviamente, ma anche con l'Unione europea o (peggio) con i mercati, molto attenti in quel periodo alla preoccupante posizione finanziaria dell'Italia.

L'ultimo governo "tecnico" (in realtà semitecnico, in quanto la compagine è in parte tecnica e in parte politica) è il governo nato nel febbraio 2021, guidato dal professor Mario Draghi, ex presidente della Banca d'Italia e della Banca Centrale Europea. Il governo nasce in seguito ad una crisi extra-parlamentare, causata dal ritiro dalla compagine governativa dei ministri di "Italia Viva". Come noto, il governo Draghi è chiamato a gestire una quantità di denaro seconda solo a quella arrivata nel nostro paese per la ricostruzione post-bellica tramite il piano Marshall. Anche in questo caso, come con il governo Monti, qualcuno ha parlato di un "doppio rapporto di fiducia", in quanto il governo Draghi non solo deve godere della fiducia parlamentare interna, ma anche dell'Unione europea, e specialmente della Commissione, che è stata chiamata ad una sorta di "ratifica" del PNRR italiano.

5. La tecnica per fronteggiare il periodo pandemico

La prassi recente, sviluppatasi a fronte delle problematiche relative alla diffusione del virus, mostra un ulteriore accentramento delle decisioni presso l'organo governo e, inevitabilmente, presso gli uffici tecnici ad esso funzionali.

La centralizzazione delle decisioni presso il Governo, a discapito della dialettica parlamentare tra maggioranza ed opposizione, non è un fenomeno del solo periodo pandemico, in quanto una prima centralizzazione delle decisioni in capo al Governo è stata sperimentata anche in seguito alla crisi economico-finanziaria del 2008, che ha creato un rapporto sempre più stretto tra le istituzioni nazionali e le istituzioni sovranazionali per un controllo preventivo sui limiti alla spesa pubblica.

La centralizzazione delle scelte in capo al Governo, per quanto riguarda il contenimento della crisi dei debiti sovrani, porta necessariamente all'affidamento all' "expertise" dei funzionari governativi di nuove responsabilità funzionali alla ricerca di soluzioni per le problematiche economiche venutesi a creare. Il periodo pandemico, come detto, mostra un'ulteriore centralizzazione delle scelte relative alla lotta alla pandemia, suggerite e avallate dal Comitato Tecnico-scientifico (CTS).

Questo mostra bene come il rapporto – come si diceva in certi casi quasi necessario – tra governo e tecnica, nei momenti di crisi e di difficoltà, diventi ancora più stretto, in quanto il politico dovrà affidarsi alla conoscenza del tecnico, fondamentale per la risoluzione delle problematiche che la politica, di per sé, non saprebbe arginare.

L'accentramento delle competenze in seno al Governo e, quindi, necessariamente anche alle amministrazioni serventi, lascia irrisolto il problema relativo alla responsabilità: di una scelta puramente tecnica è responsabile l'organo tecnico che ha proposto la soluzione o l'organo politico che ha semplicemente "ratificato" tale scelta? È questo un quesito a cui non si è ancora riusciti a dare una risposta del tutto convincente.

6. Il rapporto patologico tra tecnica e governo: la tecnocrazia

Il rapporto tecnica-governo, come detto, si esprime fisiologicamente nella reciproca integrazione tra le due componenti: il politico pone gli obiettivi ed il tecnico enuclea le varie modalità con cui ottenere tale risultato.⁵ Tale rapporto può subire delle deviazioni (o addirittura devianze) quando il tecnico non solo individua le modalità con cui raggiungere il fine e “consiglia” il politico, ma quando esso stesso pone finalità ulteriori o induce il politico ad agire secondo il suo volere.

Il rapporto passa da uno *stato fisiologico* ad uno *patologico*, in quanto non vi è più una collaborazione e complementarità, ma l'elemento tecnico sovrasta e spodesta del suo ruolo il politico. Questa deviazione (dalla fisiologia alla patologia del rapporto, chiamata anche “tecnocrazia”) rischia di produrre gravi conseguenze dal punto di vista della legittimazione democratica perché il tecnico non riceve legittimazione mediante elezioni, ma si autolegittima in quanto esperto della materia. La tecnocrazia rischia di incidere pesantemente sul funzionamento del regime democratico, poiché non sarebbero più i rappresentanti del popolo, scelti nelle elezioni, a decidere, ma dei tecnici autolegittimatisi.

Rispetto al normale funzionamento della nostra forma di governo, la tecnocrazia elude i circuiti propri della democrazia parlamentare: in questo modo, la tecnica finisce per valicare il *limes* che lo divide dalla politica. Bobbio⁶ sottolineava come tecnocrazia e democrazia siano del tutto antitetiche: la democrazia postula la possibilità di tutti alla partecipazione del sistema democratico, mentre la tecnocrazia, all'opposto, esige che le decisioni vengano prese solo da determinati soggetti dotati con certe competenze.

7. Considerazioni finali

Nel presente lavoro si è tentato di enucleare le caratteristiche essenziali del rapporto fra tecnica e governo. Questo rapporto pare sempre più necessario nella società contemporanea, in particolare in una società come quella attuale che sta vivendo degli sconvolgimenti inimmaginabili da appena due anni. Come potrebbe da solo l'esecutivo decidere le misure volte alla riduzione dei contagi o pensare di riuscire a far ripartire l'economia? Sarebbe impensabile per il governo, in un periodo di così alta criticità sociale ed economica, prendere decisioni senza il consulto di un tecnico, che potrà prospettare soluzioni consone alla risoluzione delle problematiche poste all'attenzione dall'organo

⁵ Cfr. E. Catelani, *Evoluzione del rapporto tra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno stato tecnologico?*, in Osservatorio sulle Fonti, n. 2/2021.

⁶ “Tecnocrazia e democrazia sono antitetiche: se il protagonista della società industriale è l'esperto, non può essere il cittadino qualunque. La democrazia si regge sulla ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia, al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono”. Così N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, p. 22.

politico. Facendo un paragone, possiamo vedere tecnica e governo come due componenti, reciprocamente funzionali, all'interno del meccanismo di un unico orologio. Come nel movimento di un orologio è necessario che le varie componenti che collaborano tra di loro siano perfettamente funzionanti e ben regolate, così la tecnica e il governo, dovendo portare a termine i propri obiettivi, devono collaborare in maniera proficua, evitando il prevalere dell'uno sull'altro, pena la degenerazione a favore della politica in un caso (il governo adotterebbe decisioni scellerate senza affidarsi ai tecnici), e nell'altro il predominio della tecnica (la tecnocrazia, descritta precedentemente).

Per concludere, l'auspicio è quello di una costante presenza dei tecnici, che possono garantire una qualità formale e sostanziale della normazione, ma pur sempre guidati e indirizzati da un organo politico che goda di una indispensabile legittimazione democratica. È questo l'aspetto del rapporto tecnica-politica che ci pare irrinunciabile.

**IL RAPPORTO TECNICA-POLITICA DURANTE LA PANDEMIA.
IL COMITATO TECNICO-SCIENTIFICO ITALIANO E LE ALTRE ESPERIENZE
STRANIERE**

di *Matteo Coturri*

Sommario: 1. Mutamento del rapporto tecnica-politica in fase emergenziale. - 2. L'emergenza sanitaria. - 3. I Comitati. - 4. Il Comitato Tecnico Scientifico. - 5. Altre forme di Comitato Tecnico Scientifico. - 6. Le decisioni del CTS. - 7. Le criticità dei Comitati. - 8. CTS ai giorni d'oggi. - 9. Conclusioni.

1. Mutamento del rapporto tecnica-politica in fase emergenziale

Lo sviluppo di ogni processo decisionale è caratterizzato da una connessione tra due fondamentali componenti: il sapere tecnico e scientifico che si va ad unire alla volontà dei soggetti politicamente responsabili. Il bilanciamento tra queste due componenti subisce modifiche sostanziali a seguito di eventi straordinari ed emergenziali finendo per mettere a rischio quel precario equilibrio che si ha tra le due dimensioni: la tecnica e la politica. Al giorno d'oggi siamo di fronte ad una emergenza sanitaria che mette nuovamente a rischio quell'equilibrio, per due ragioni¹. La prima riguarda la natura stessa della situazione emergenziale che richiede, per la sua gestione, una notevole quantità di competenza tecnica; e questo porta ad una realtà di dipendenza della componente politica rispetto alle istituzioni scientifiche dando vita così a tutta una serie di criticità *in primis* legate alla democraticità dell'ordinamento. La seconda è relativa all'impiego della tecnica da parte della componente politica per inserire in disposizioni normative alcune compressioni, seppur temporanee, di libertà fondamentali.

L'emergenza ha messo quindi nuovamente in discussione il già complesso rapporto tra tecnica e politica nella decisione pubblica. Di seguito andremo ad analizzare come la componente tecnica e quella politica si sono integrate nella gestione dell'emergenza, con particolare riguardo al ruolo giocato dall'istituzione scientifica del quale si è munito il Governo italiano per disporre del supporto necessario per affrontare questa fase storica critica, ossia il *Comitato Tecnico Scientifico*.

¹ M. Terzi, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell'attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2/2020, p.1.

2. L'emergenza sanitaria

Sin dagli inizi della pandemia, ci si è accorti che per fronteggiare la situazione c'era bisogno di un supporto decisionale altamente qualificato; e infatti si è posta subito la necessità di istituire Comitati Tecnici che potessero sostenere in differenti ambiti tecnico-scientifici l'operato del Governo per il contenimento della diffusione virale.

Non è un caso che andando a leggere la delibera del Consiglio dei ministri con la quale si dichiarava lo stato di emergenza si nota la chiara volontà di sottolineare che la situazione emergenziale, per entità ed estensione, non è fronteggiabile con mezzi ordinari. Nella stessa delibera si ricorda poi come per l'attuazione degli interventi necessari durante lo stato di emergenza si provvede con ordinanze del Capo del Dipartimento della Protezione Civile. Difatti, pochi giorni dopo l'emanazione della sopra citata delibera, lo stesso Capo del Dipartimento della Protezione Civile con proprio decreto (5 febbraio 2020 n. 371) istituisce il *Comitato Tecnico Scientifico*.

Il Comitato Tecnico Scientifico inizia subito ad operare come strumento di supporto alle decisioni del Governo. Un esempio importante è quanto previsto dal DPCM del 10 aprile 2020 con il quale, a seguito di confronto con Ministri, Regioni, Province, Comuni, sindacati, mondo delle imprese e con esperti del Comitato Tecnico Scientifico, si prorogarono le misure restrittive sino a quel momento adottate, dichiarando allo stesso tempo che il Governo è già al lavoro per far ripartire il sistema produttivo italiano. Per realizzare quest'ultimo obiettivo è stato istituito, con il medesimo decreto e presso la presidenza del Consiglio dei ministri, un *Comitato di esperti in materia economica e sociale* con il compito di elaborare e proporre misure per fronteggiare l'emergenza e per la ripresa nei diversi settori delle attività sociali, economiche e produttive.

3. I Comitati

Si è notato quindi come si sia posta la necessità di istituire un ulteriore Comitato, per garantire un maggior supporto al Governo, formato da soggetti con elevate e qualificate competenze in differenti ambiti scientifici.

Il DPCM 10 aprile 2020 ha previsto poi una cooperazione tra i due Comitati. Questo perché si è cercato di creare un vero e proprio *sistema di supporto tecnico* all'operato del potere esecutivo che doveva essere in grado di realizzare un duplice obiettivo: contenere e prevenire la diffusione epidemiologica e far ripartire il sistema produttivo italiano nei vari settori di attività. L'operato e, più in particolare, il coordinamento tra i due comitati diventa quindi strettamente funzionale alla decisione politica proprio perché, come abbiamo visto, le valutazioni tecniche stanno alla base della decisione politica stessa.

Allargando la nostra visione ci accorgiamo di come il Comitato Tecnico Scientifico e il Comitato di esperti in materia economica e sociale non siano gli unici due comitati allora presenti. Infatti, a seguito dell’emanazione del decreto 10 aprile 2020, si potevano contare almeno altri 4 comitati tutti formati da esperti in specifici settori o consulenti². Questi, che spesso hanno preso il nome di “Task Force”, si componevano di un gran numero di membri tutti con competenze o esperienza professionale ma questa pluralità di soggetti determinava una certa confusione nella percezione dei cittadini. Ad esclusione del CTS e del Comitato di esperti in materia economica e sociale che abbiamo già citato troviamo ad esempio: il *Comitato operativo della Protezione Civile*, già presente prima del Covid-19, che ha il compito di assicurare la direzione unitaria e il coordinamento delle attività della Protezione Civile nelle situazioni di emergenza, definendo le strategie di intervento in situazioni critiche; oppure la *Task Force scuole e didattica a distanza* attivata per raccogliere domande e richieste da parte dei dirigenti e del personale scolastico in virtù della necessità di gestire l’istruzione in fase emergenziale, ma che si occupava anche di realizzare interventi per garantire la necessaria dotazione a scuole e al corpo docente per realizzare la didattica a distanza.

Resterebbe da capire se tutti questi comitati si siano dimostrati funzionali al contenimento della diffusione virale e alla ripartenza del Paese. A questo proposito è pacifico constatare che sarebbe stato opportuno accrescere le competenze del CTS al posto di creare comitati ad hoc; questo perché, come abbiamo detto, più è grande il numero dei comitati maggiore può essere la confusione che può crearsi tra i cittadini.

4. Il Comitato Tecnico Scientifico

Per il grande rilievo che esso ha assunto durante la pandemia, occorre ora concentrare l’attenzione sul Comitato Tecnico Scientifico (CTS). Per iniziare la nostra analisi non si può che partire dal decreto istitutivo del Comitato, ossia il Decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 371 del 5 febbraio 2020. Leggendo l’articolo 1 si nota come il Capo del Dipartimento della Protezione Civile considera la necessità di attuare, in modo tempestivo, le misure necessarie a fronteggiare l’epidemia in atto, al fine di salvaguardare l’incolumità pubblica³. Per rendere questo possibile il decreto ritiene necessario procedere all’istituzione del Comitato Tecnico Scientifico composto di autorevoli esperti del settore sanitario⁴.

Una perplessità che emerge dal decreto istitutivo è legata al rapporto tra il parere fornito dal Comitato e la scelta governativa: nel decreto manca una chiara indicazione sulla valenza del parere

² V. Nuti, *Task force e comitati: chi consiglia la politica sulle norme anticontagio*, in *Il Sole 24 ore*, 14 aprile 2020.

⁴ Art. 1 del Decreto del capo del Dipartimento di protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020.

fornito. E infatti nei periodi di operatività del CTS è apparso come solo in determinati momenti il Governo abbia seguito i suggerimenti ottenuti a seguito della consultazione; mentre in molti altri l'esecutivo si è distaccato dai pareri ricevuti.

Si tratta quindi ora di esaminare la composizione del Comitato, come stabilita dall'articolo 2, comma 1, il quale dispone che il Comitato sia composto da: Coordinatore dell'Ufficio promozione e integrazione del Servizio nazionale della Protezione Civile del Dipartimento della Protezione Civile, con funzioni di Coordinatore del Comitato; Segretario Generale del Ministero della Salute; Presidente dell'Istituto Superiore di Sanità; Direttore Scientifico dell'Istituto Nazionale per le Malattie Infettive; un componente designato dalla Conferenza delle Regioni e Province Autonome; Direttore dell'Ufficio di coordinamento degli Uffici di sanità marittima, aerea e di frontiera del Ministero della Salute⁵.

L'articolo 2 comma 2 del decreto stabilisce poi che alla prima convocazione il Comitato definisce i criteri e le modalità per l'organizzazione e lo svolgimento delle proprie attività⁶. Infine, come descritto dall'articolo 3 comma 2, si ricorda che possono essere invitati a partecipare alle riunioni qualificati esperti del settore, tenuto conto delle specifiche esigenze⁷.

Guardando all'evoluzione nel tempo della composizione del Comitato, si nota come al momento della costituzione era composto da 9 membri, nel novembre 2020 si era arrivati fino a 27 membri, mentre attualmente sono 11. I membri sono nominati sulla base dei loro ruoli nelle maggiori cariche istituzionali del sistema sanitario italiano⁸, questo perché in Italia si è deciso di integrare il Comitato con la presenza di dirigenti che abbiano diretta conoscenza delle emergenze sanitarie anche dal punto di vista amministrativo e non solo quindi dal punto di vista prettamente medico⁹. Questo, come vedremo, realizza una delle criticità riscontrate nei comitati e nel CTS in particolare. Solamente una cerchia ristretta di membri è nominata sulla base delle competenze e del *curriculum*. Da ultimo, si può ricordare che i membri non percepiscono remunerazione né gettoni di presenza o altri emolumenti per la loro partecipazione al Comitato.

5. Altre forme di Comitato Tecnico Scientifico

L'argomento di cui si tratterà in questo paragrafo può essere riassunto in una semplice frase: "Paese che vai, CTS che trovi". Questa frase è particolarmente significativa perché, con lo scoppiare e la

⁵ Art. 2, comma 1 del Decreto del capo del Dipartimento di protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020.

⁶ Art. 2, comma 2 del Decreto del capo del Dipartimento di protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020.

⁷ Art. 3, comma 2 del Decreto del capo del Dipartimento di protezione civile n. 371 del 5 febbraio 2020.

⁸ A. De Rosa, *Paese che vai CTS che trovi*, in *Orizzonti Politici*, 1° aprile 2021, p. 2.

⁹ G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico*, cit., p. 3.

successiva espansione dell'epidemia virale, molti governi si sono dotati di un Comitato Tecnico Scientifico in modo da fondare o supportare le proprie decisioni politiche oppure semplicemente per avere un soggetto in grado di fornire consigli e raccomandazioni. In particolare, si individueranno tre modelli di Comitato Tecnico Scientifico (britannico, tedesco e francese).

Quanto al modello britannico, risale al 2009 lo *Scientific Advisory Group for Emergencies* (SAGE), istituito dopo l'influenza suina, con il compito di fornire consulenza al governo centrale in caso di emergenza. Infatti, a fine gennaio 2020 il governo britannico decise di aprire una nuova sessione del SAGE in modo da ottenere una consulenza scientifica o tecnica per aiutare la risposta all'emergenza COVID.

A differenza del CTS Italiano, il numero dei membri del SAGE varia in base alle competenze necessarie per affrontare determinate questioni¹⁰; infatti, tra i componenti del SAGE si possono trovare: epidemiologici, virologi, esperti di sanità pubblica, esperti con riguardo ai vaccini, matematici, statisti (e questo elenco è suscettibile di ampliarsi se si ritiene necessaria una determinata professionalità per la questione che il Gruppo si trova ad affrontare).

Una volta che gli esperti hanno espresso il loro parere e fornito i consigli ritenuti necessari, viene redatta una relazione che viene trasmessa al governo il quale, nel momento di prendere una decisione, tiene conto anche di altri fattori come ad esempio quelli economici, sociali e ambientali¹¹.

Una particolarità del SAGE è il fatto che esso si compone di vari sottogruppi che si concentrano su diverse tematiche, ad esempio gruppi che studiano e forniscono pareri sulla diffusione virale nei bambini, o gruppi che forniscono indicazioni su come comportarsi nelle case di cura, o ancora gruppi che studiano la diffusione nosocomiale, ossia quella che avviene all'interno degli ospedali. Questa particolarità permette di avere un quadro più completo per qualsiasi decisione e minor tempo per ottenere un parere da parte del Gruppo Consultivo.

Quanto al modello tedesco, in Germania il governo fa affidamento alle raccomandazioni dell'*Accademia Leopoldina*, istituto scientifico nato nel 1652. L'idea alla base dell'istituzione di un'accademia nazionale era quella di creare una struttura pubblica che, indipendentemente dagli interessi economici o politici, si occupasse scientificamente di importanti questioni sociali, comunicasse i risultati alla politica e al pubblico, nonché rappresentasse tali questioni a livello nazionale e internazionale. Infatti, quest'accademia rappresenta la comunità scientifica tedesca a

¹⁰ A. De Rosa, *Paese che vai CTS che trovi*, cit., p. 3.

¹¹ Per un approfondimento vedere *The Scientific Advisory Group for Emergencies* (SAGE) al link: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/900432/sage-explainer-5-may-2020.pdf

livello internazionale, ma la sua peculiarità più importante sta nel numero di membri perché, a differenza del CTS Italiano e del SAGE inglese, conta un numero enorme di membri (attualmente superiore ai 1500), di modo che ci sia sempre un gran numero di esperti per ogni determinato settore con cui si ha a che fare.

A seguito dell'emergenza sanitaria l'Accademia ha fornito numerosi rapporti contenenti consigli e raccomandazioni al governo tedesco, anche se non sempre poi quest'ultimo ha seguito i suggerimenti che ha ricevuto; è successo ad esempio che, nonostante il consiglio degli esperti presenti nell'Accademia, il governo abbia deciso di non istituire l'obbligo di indossare la mascherina all'aperto. Altre volte invece l'esecutivo si è allineato al parere degli esperti, come nel caso della rilevata necessità di una massiccia campagna di *testing*¹².

L'ultimo modello da esaminare è quello francese, il più simile a quello italiano, in quanto entrambi gli Stati hanno deciso di creare un comitato, o un consiglio, *ad hoc* piuttosto che affidarsi ad istituti o agenzie preesistenti. Tuttavia, permangono alcune importanti differenze tra il modello in analisi e quello italiano.

Anzitutto, è stato il Presidente della Repubblica francese a richiedere l'istituzione di un *Consiglio Scientifico Covid-19*, con la finalità principale di informare i cittadini sul processo decisionale nella gestione della situazione sanitaria¹³: già qui è possibile riscontrare una differenza di finalità con il modello italiano.

Il *Consiglio Scientifico* francese è, poi, totalmente indipendente e tratta di questioni sollevate dal Ministro della salute, ma può anche decidere di sollevare questioni autonomamente: l'importante è che ogni sua opinione sia pubblica e disponibile *online*. Questa è una fondamentale differenza dal modello italiano perché, come si vedrà, la mancanza di trasparenza delle decisioni e delle riunioni del CTS è una delle sue criticità più rilevanti.

Andando a guardare, nello specifico, la finalità del *Consiglio Scientifico Covid-19* dalla sua legge istitutiva¹⁴, si legge che il suo scopo è quello di fornire supporto al processo decisionale pubblico basato su dati scientifici; dati che il Consiglio riesce ad ottenere grazie alla sua composizione multidisciplinare. Nel dettaglio le fonti del suo lavoro sono in particolare modelli matematici, conoscenze mediche, dati delle scienze sociali e umane e infine dati legati alle nuove tecnologie.

Pertanto il modello italiano e quello francese, nonostante *prima facie* appaiano molto simili, nella realtà dei fatti sono caratterizzati da non poche differenze.

¹² Maggiori informazioni possono essere trovate sul sito ufficiale dell'Accademia Leopoldina: <https://www.leopoldina.org/leopoldina-home/>

¹³ G. Mingardo, *Il ruolo del comitato tecnico-scientifico*, cit., p.2.

¹⁴ 1 Comitato trova fondamento normativo nell'art L. 3131-19 del Code de la Santé, introdotto dalla legge n. 2020-290 del 23 marzo 2020.

6. Le decisioni del CTS

Si giunge ora ad uno dei punti cruciali dell'analisi del Comitato Tecnico Scientifico: le sue *decisioni*. Dobbiamo chiederci quanto è stato ritenuto fondamentale il parere del Comitato e in che modo questo ha influito nella gestione dell'emergenza.

Quando il 9 marzo 2020 il Presidente del Consiglio annunciava il lockdown su scala nazionale, si pensava che questa decisione fosse frutto del giudizio del neoistituito Comitato Tecnico Scientifico. Questa convinzione è solo in parte fondata, perché, se è vero che il Comitato suggeriva attuazione di misure restrittive, è anche vero che il rigoroso lockdown su scala nazionale non era stato suggerito dal CTS. Siamo venuti a conoscenza di questa realtà solamente mesi dopo il DPCM del 9 Marzo, quando i verbali delle riunioni del Comitato sono stati resi pubblici. Grazie alla conoscenza, seppur tardiva, dei verbali si nota che con un documento risalente al 7 marzo 2020¹⁵, inviato al Ministro della salute, il Comitato Tecnico Scientifico propone al Governo di “adottare due livelli di misure di contenimento: uno nei territori in cui si è osservata maggiore diffusione del virus, l'altro sul territorio nazionale”. Chiaramente le misure più stringenti erano previste in Lombardia e nelle province di: Parma, Piacenza, Reggio Emilia, Rimini e Modena, Pesaro Urbino, Venezia, Padova, Treviso, Alessandria e Asti; queste erano le zone in cui, in quel momento la situazione era maggiormente compromessa.

Due giorni dopo la presentazione del documento visto in precedenza, il Presidente del Consiglio sancisce il lockdown rigoroso su tutto il territorio nazionale senza apparente giustificazione sulla base di un giudizio del CTS¹⁶. Questa prima precisazione sulla realtà dei fatti permette di capire subito come non sempre le raccomandazioni provenienti dal Comitato sono state seguite, rimarcando ancora una volta una grossa criticità del nostro CTS, la mancanza di trasparenza.

Non raramente, si è pure dubitato sull'utilità dell'istituzione del CTS. Nel marzo 2020, un gruppo di 292 scienziati italiani, tra i quali alcuni responsabili di importanti centri italiani di ricerca biotecnologica e clinica oltre a esperti in test molecolari, decisero di scrivere una lettera al Presidente Conte in cui proponevano un piano per potenziare le capacità diagnostiche in fatto di Covid-19, sfruttando il potenziale di centri di ricerca universitari e offrendo i propri laboratori e proprio personale. La situazione in Italia era critica, ospedali sotto pressione e pazienti che dovevano aspettare giorni per un tampone. Purtroppo, questa proposta non ebbe seguito. In un primo momento, rappresentanti del governo risposero in modo informale che la proposta era

¹⁵ Per approfondimento si allega il link del verbale della riunione tenuta in data 7 marzo 2020 (v. p. 3): <https://raw.githubusercontent.com/pcm-dpc/COVID-19-Verbali-CTS/master/2020-03/covid-19-cts-verbale-021-20200307.pdf>

¹⁶ A. Ziniti, *Coronavirus, il Cts voleva misure differenziate ma Conte decise il lockdown per tutta l'Italia*, in la Repubblica, 6 agosto 2020.

irrealizzabile, senza dare una effettiva giustificazione. La realtà dei fatti però, come spesso è avvenuto nella gestione emergenziale, è venuta alla luce solamente mesi dopo quando sono stati pubblicati i verbali delle discussioni interne al Comitato. Leggendo il verbale della riunione tenuta in data 30 marzo 2020¹⁷ scopriamo che, in realtà, la proposta dei ricercatori era stata discussa dal Comitato; inoltre, il verbale rivela che il CTS rifiutò la proposta ritenendo i laboratori diagnostici certificati e gestiti da ciascuna Regione più adatti di quelli degli istituti di ricerca al fine di gestire la “situazione tamponi per l’identificazione di Sars-CoV-2 in Italia”¹⁸. Questo purtroppo non si è rivelato vero, ed il risultato è stato una scarsità di test che ha finito per ostacolare il tracciamento e il contenimento della diffusione del virus. Purtroppo, questo non è stato un caso isolato ed i dubbi degli esperti di settore riguardanti le valutazioni svolte dal Comitato Tecnico Scientifico continuano ad essere presenti.

7. Le criticità dei Comitati

Tra le ultime questioni da affrontare quella sicuramente più rilevante attiene ai punti critici dei comitati. In generale, si può notare come nel corso del tempo e decisione dopo decisione è stato possibile rilevare la presenza di diverse criticità. Queste criticità possono essere riassunte in sette punti.

Il primo punto è costituito da una criticità che si è già avuto modo di rilevare nel corso dell’analisi, ossia la *manca di pubblicità dei lavori*. Infatti, nonostante sia previsto più o meno espressamente la verbalizzazione delle riunioni di ciascun comitato, non abbiamo alcuna traccia della pubblicità dei lavori o, nella migliore delle ipotesi, i verbali delle riunioni sono stati pubblicati solamente diversi mesi dopo la riunione stessa; questo è avvenuto per alcune decisioni descritte in precedenza. La mancanza di trasparenza comporta una opacizzazione della ricostruzione della precisa allocazione delle singole frazioni di responsabilità in capo ai decisori¹⁹. Questo fino a quando la giurisprudenza amministrativa, tra cui in particolare il Tar Lazio con sentenza 22 luglio 2020, n. 8615, ha sancito l’accesso civico generalizzato ai verbali delle riunioni del Comitato tecnico-scientifico.

¹⁷ Per approfondimento si allega il link del verbale della riunione tenuta in data 30 marzo 2020 (si v. p. 4): <https://raw.githubusercontent.com/pcm-dpc/COVID-19-Verbali-CTS/master/2020-03/covid-19-cts-verbale-039-20200330.pdf>.

¹⁸ S. Pistoì, *Uno sguardo al ruolo del Comitato Tecnico Scientifico*, in *Nature Italy*, 17 febbraio 2021.

¹⁹ M. Terzi, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica nell’attuale emergenza di sanità pubblica: dal Comitato tecnico-scientifico al Comitato di esperti in materia economica e sociale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2020, p. 3.

La seconda criticità riguarda la *composizione* e le *modalità di nomina* dei membri dei comitati: è noto che il CTS è composto da personale appartenente ad amministrazioni dello Stato o comunque di enti pubblici, mentre il Comitato Economico e Sociale è composto da una commistione tra soggetti incardinati in ruoli pubblici e soggetti privati. Con riguardo al CTS si nota che meno della metà dei suoi membri attuali sono nominati sulla base del *curriculum*; gli altri sono direttori di istituzioni sanitarie, nominati nel CTS *ex officio*²⁰. Soltanto due membri hanno una comprovata esperienza in biotecnologia, ma in campi non legati alle malattie infettive.

La terza criticità è legata alla gamma ristretta di *competenze* che possiede il CTS. Si noti come il comitato può contare su figure di livello mondiale in pneumologia, malattie infettive, gerontologia ed epidemiologia, ma è a corto di figure in aree critiche di competenza come diagnostica molecolare, virologia molecolare e *high-throughput screening*. Si è già avuto modo di osservare come in altri ordinamenti che hanno deciso di munirsi di comitati tecnici e scientifici si è deciso, invece, di dotarsi del maggior numero di competenze possibili sulle quali basare la decisione politica.

Inoltre, continuando sulla linea di comparazione con altri ordinamenti, si giunge alla quarta criticità, consistente nel fatto che nel CTS mancano sottocommissioni o altri organismi che dovrebbero occuparsi di alcuni dettagli che invece sono gestiti dal Comitato stesso. Con un esempio pratico per capire perché l'assenza di sottocommissioni rientri tra le criticità, se si leggono i verbali degli incontri del CTS si nota come essi riportano molte discussioni sulle procedure di sicurezza per gli eventi sportivi, o sulla scelta di specifici guanti e mascherine. Ancora, in un incontro ad agosto, i membri hanno speso tempo a chiarire il concetto di “monodose” nelle mense scolastiche, per poi passare a discutere un protocollo dettagliato sulla sicurezza per i cori delle chiese. Tutte queste tematiche potevano sicuramente essere affrontate da una o più sottocommissioni in modo da poter far concentrare il Comitato su questioni di primaria importanza.

Si noti poi come il CTS ha talvolta fornito indicazioni su tematiche su cui ha poca o nessuna competenza. Anche qui è opportuno contestualizzare ciò che si è appena detto leggendo il verbale²¹ della riunione tenuta in data 17 gennaio, ove il Comitato ha affermato che la prosecuzione dell'insegnamento a distanza avrebbe causato negli studenti “un grave impatto sul loro apprendimento, la loro psicologia e la loro personalità”. L'affermazione ha avuto conseguenze sulle politiche nazionali, ma è pacifico affermare che nessun membro del CTS ha esperienza in campo pedagogico, in psicologia dell'infanzia o in neuropsichiatria.

²⁰ S. Pistoì, *Uno sguardo al ruolo del Comitato Tecnico Scientifico*, in Nature Italy, 17 febbraio 2021.

²¹ Per approfondimento è possibile scaricare il verbale della riunione tenuta in data 17 gennaio al seguente link: <https://github.com/pcm-dpc/COVID-19-Verbali-CTS/raw/master/2021-01/covid-19-cts-verbale-146-20210117.pdf>

La sesta criticità è relativa al Comitato di esperti in materia economica e sociale ed è legata ad una domanda: perché il Presidente del Consiglio ha deciso di non fare ricorso ad uno degli organi ausiliari del Governo, ossia il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro (CNEL)? Non può negarsi, infatti, che quella rilevata necessità, scolpita nel preambolo del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 10 aprile 2020, di «doversi avvalere del costante supporto multidisciplinare di autorevoli esperti con elevate e qualificate competenze ed esperienze professionali in diversi settori», ben avrebbe potuto essere soddisfatta impiegando l'organo di rilievo costituzionale come il CNEL.

Infine, la settima criticità consiste nella tendenza che diviene ancora più facilmente visibile alla personalizzazione e concentrazione del potere politico nel vertice governativo, con la conseguente difficoltà di una effettiva tenuta del principio di collegialità. Questa criticità merita sicuramente una trattazione separata che andremo a svolgere tra non molto.

8. Il CTS oggi

Prima di approfondire perché si è arrivati a parlare di concentrazione del potere politico nel vertice governativo occorre completare lo studio del Comitato Tecnico Scientifico, analizzando il suo ruolo nel terzo anno di emergenza. Per compiere questo studio viene in soccorso l'ex coordinatore del Comitato, Agostino Miozzo il quale, in un'intervista del 7 gennaio 2022, affronta la tematica relativa al ruolo del CTS durante il governo Draghi²².

La constatazione di partenza è il fatto che il governo guidato da Mario Draghi ha emanato cinque importanti decreti legge in poco più di un mese attraverso i quali si è predisposto l'obbligo vaccinale per gli over 50 ed inoltre sono state modificate le regole per le scuole. Tutti questi decreti sono accomunati da un dato rilevante: le decisioni non sono state prese sulla base di una discussione del CTS.

Se poi si vanno a consultare i verbali delle riunioni si scopre che l'ultima riunione prima dell'adozione dei decreti visti in precedenza risale al 29 dicembre 2021 ed in questa riunione il Comitato non ha discusso né dell'obbligo vaccinale né delle regole scolastiche perché si è concentrato sul fornire un parere relativo alla possibilità di rideterminare il periodo di quarantena per i soggetti che hanno ricevuto la “dose booster”.

Quello che emerge è che il dibattito scientifico sembra essere stato sostituito da forti decisioni politiche, come sostiene lo stesso Miozzo. Sempre guardando all'elenco dei verbali relativi alle

²² Per approfondimento si allega link dell'intervista completa: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2022/01/07/miozzo-prima-il-cts-si-riuniva-quasi-ogni-giorno-ora-non-si-esprime-su-vaccini-e-scuola-dibattito-scientifico-sostituito-da-analisi-politiche/6448076/>

riunioni del CTS si nota un dato significativo: l'ultimo verbale è datato 7 gennaio 2022; da quel momento in poi non si ha alcuna notizia su discussioni tenute dal Comitato. Ci si chiede allora se il CTS abbia ancora una qualche utilità e se non debba a questo punto essere sciolto.

9. Conclusioni

In conclusione, si può approfondire la settima ed ultima criticità che consiste, come si è detto, nella tendenza alla concentrazione del potere politico nel vertice governativo. Si è iniziata l'analisi affermando che il rapporto tecnica-politica nella decisione pubblica sta conoscendo nuovi moduli. Ci si deve chiedere dunque quali effetti ha avuto l'emergenza sanitaria e la relativa gestione. Innanzitutto, è facilmente osservabile che la crisi sanitaria ha portato a un rafforzamento dei poteri del Presidente del Consiglio dei ministri e della sua linea politica. Si nota infatti che i provvedimenti più importanti sono stati adottati in virtù di un DPCM. Questo è accaduto, ad esempio, per l'istituzione del Comitato Tecnico Scientifico di cui si è ampiamente discusso. Il rafforzamento dei poteri del Presidente del Consiglio dei ministri comporta tutta una serie di conseguenze. Ancora, è possibile affermare che questo rafforzamento vada anche ad incidere sulla collegialità dell'organo esecutivo nella sua interezza.

L'emergenza che stiamo vivendo ci permette di fare due considerazioni, in modo molto nitido: la prima riguarda la rilevata necessità di compresenza di tecnica e politica per un governo virtuoso e questa necessità si è avuto modo di studiarla in precedenza anche con riguardo ai suoi aspetti critici. Allo stesso tempo, la pandemia ha avvicinato questo binomio al punto di rottura. Infatti, la tecnica (rappresentata dai Comitati) offusca la politica annichilendo la sede di espressione della rappresentanza politica, ma anche l'organo di governo inteso nella sua collegialità²³.

Ad inizio del 1900 Vittorio Emanuele Orlando nei suoi *Principii di diritto costituzionale* scriveva: «per via della rappresentanza si è dato alle forze sociali un modo di direttamente influire sulla vita pubblica, e ciò mediante la designazione dei più capaci»²⁴. Ci si pone ora il dubbio se l'attuale classe politica sia dominata dai più capaci, ma questo è un dubbio a cui difficilmente si può dare una risposta secca e precisa. Pare, però, che nello scenario cui assistiamo si stagli, con preminenza, quella prospettiva, che indicava nella tecnica uno dei fattori alla radice della crisi della rappresentanza politic

²³ M. Terzi, *Ancora sul rapporto tra tecnica e politica*, cit., p. 4.

²⁴ V.E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, Firenze, 1905, p. 246.

IL RUOLO DELLA TECNOLOGIA NELLE DECISIONI POLITICHE

di *Mattia Morotti*

Sommario: 1. La tecnologia ha un ruolo di supporto o di sostituzione rispetto alle decisioni di natura politica? – 2. Requisiti affinché la tecnologia abbia valore. – 3. Esempi di nuove tecnologie utilizzate nelle decisioni: algoritmi, intelligenza artificiale, *machine learning*. – 4. Potenzialità derivanti dall'uso degli algoritmi. – 5. Le decisioni politiche influenzate dal fenomeno del *crowdsourcing*. – 6. La tecnologia è democratizzabile? – 7. Internet ha rivoluzionato il ruolo e funzionamento dei partiti e indirettamente il ruolo decisionario del governo. – 8. Dichiarazione dei Ministri del digitale del G20.

1. La tecnologia ha un ruolo di supporto o di sostituzione rispetto alle decisioni di natura politica?

In un contesto sociale caratterizzato da una crescente complessità e da una variabilità repentina, le decisioni politiche devono essere immediate e risolutive rispetto alle esigenze e alle istanze emergenti. L'aiuto della tecnologia e dei suoi "derivati" diventa, quindi, fondamentale.

Ormai la tecnologia è intrecciata e influenza in modo notevole le politiche necessarie al governo di una nazione o di una comunità. Si stanno via via costruendo dei complessi sistemi sociotecnici a tutti i livelli nel mondo in cui viviamo. Inoltre, i software (AI, Big Data e così via) stanno modificando i comportamenti individuali e sociali con un'efficienza che nessuna legge può raggiungere¹; e non ci sono leggi adeguate a contenerli.

Queste tecnologie hanno la possibilità di modificare e aumentare le capacità decisionali degli esseri umani, rimpiazzando dei processi soggettivi rendendoli meno soggettivi, più immediati e scalabili. Oggi l'aspetto positivo della tecnologia è che consente di fare cose a un minor costo, in maniera molto facile, con *skills* anche tecnologiche molto basse. L'impatto delle tecnologie non deve, però, portare alla sostituzione del governo e soprattutto alla sostituzione di esso nel momento della decisione².

¹ E. Catelani, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno stato tecnologico?*, in Osservatorio sulle fonti, n. 2/2021.

² <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/governare-lera-digitale-ecco-perche-non-si-puo-piu-separare-tecnologia-e-politica/>

Il principale *deficit* delle tecnologie è la caratteristica di essere ineguali per definizione, non sono rappresentative, permettono una partecipazione più ampia ad alcuni rispetto ad altri, e non pongono limiti alla partecipazione. La partecipazione è quindi diseguale, vale a dire che c'è qualcuno che partecipa e influenza molto e qualcuno che partecipa poco. Per questo motivo bisogna insistere molto di più sul ruolo delle tecnologie prima e dopo la decisione, esporre un problema che prima non si pensava esistesse è già un passo avanti fondamentale, e lì non c'è bisogno di rappresentanza, perché c'è essenzialmente bisogno solo della scienza.

2. Requisiti affinché la tecnologia abbia valore

Le prove scientifiche devono essere convincenti e devono proporre soluzioni pratiche ai problemi di politica corrente. La scienza è maggiormente in grado di contribuire a produrre politiche migliori ed efficaci se i ricercatori e i decisori politici, i *policy maker*, si fidano l'uno dell'altro, rappresentano gli interessi di tutte le parti interessate in modo onesto e aperto, comunicando in modo efficace³.

Il mondo tecnico-scientifico nella sua ricerca e nella elaborazione delle decisioni deve essere aperto allo scrutinio pubblico, al sapere diffuso e nei limiti del possibile anche alla pratica condivisa con i non esperti. Deve essere consapevole di non dettare, ma al massimo di contribuire all'agenda della politica. La sfida è dunque “*trovare il giusto equilibrio fra prove e valori, fra scienza e politica, fra evidenze e mediazioni fra interessi*”.

3. Esempi di nuove tecnologie utilizzate nelle decisioni: algoritmi, intelligenza artificiale, *machine learning*

Gli algoritmi sono delle istruzioni affidate alle macchine che, in base alla complessità dell'istruzione, possono generare automaticamente soluzioni, sempre rispettando un percorso prestabilito di passaggi, sulla base di un modello pragmatico e deterministico (se X è vero, allora accade Y).

L'intelligenza artificiale consiste, invece, in diverse discipline e tecnologie che rendono le macchine in grado di compiere operazioni e mansioni normalmente svolte dagli esseri umani.

Il *machine learning* consente alle macchine di apprendere dai dati senza essere programmate esplicitamente per ciò che apprenderanno; si utilizza per aumentare l'accuratezza delle previsioni. A differenza degli esseri umani, riescono ad operare senza bisogno di riposo e con grande accuratezza secondo una prospettiva meramente economica e funzionalistica.

³ <https://www.biennaletecnologia.it/esplora-biennale-2020/politica-e-tecnologia>

Si è osservato che nell'ambito dei processi decisionali si possono individuare una moltitudine di utilizzi per l'intelligenza artificiale. Il primo è la possibile personalizzazione dell'interazione tra cittadino e amministrazione, cucendo i servizi su misura dei bisogni dell'utente. Il governo, inoltre, può monitorare i servizi in tempo reale, tracciando i dati e analizzandoli in modo istantaneo con altissima precisione. Bisogna però far presente che l'AI può essere hackerata con sempre maggiori nuove modalità che consentono agli attaccanti di trovare nuovi metodi per sabotare e bloccare un sistema o creare danno all'attaccato.

La difficoltà e la sfida principale dell'utilizzo di queste tecnologie stanno nel fatto di riuscire a trarre benefici dall'IA nonostante le debolezze palesate da essa. I governi hanno difficoltà a redigere regolamenti che ne traccino i limiti, visto che è un ecosistema completamente guidato dal mercato. L'AI è solo una delle diverse tecnologie che hanno bisogno di regolamentazione. Si ha anche bisogno di gestire il crescente numero di vulnerabilità associate alla cybersecurity che riguardano le infrastrutture critiche (e non) degli Stati. Ancora, si ritiene che gli algoritmi e il *machine learning* possano aiutare a comprendere lo sviluppo dei comportamenti umani. Per finire, potrebbero aiutare a studiare e valutare preventivamente l'impatto delle politiche pubbliche, coadiuvando gli strumenti dell'[AIR](#) (analisi di impatto della regolamentazione), [VIR](#) (verifica di impatto della regolamentazione) e [ATN](#) (analisi tecnico-normativa)⁴.

4. Potenzialità derivanti dall'uso di algoritmi

Gli algoritmi potrebbero consentire di riallocare risorse spesso scarse, operando in modo efficiente e accurato, consentendo così alle persone di dedicarsi ai casi che richiedono abilità uniche del processo decisionale umano ovvero empatia e sensibilità. L'impiego degli algoritmi nelle decisioni politiche richiede una preliminare attività da parte del decisore pubblico.

Come noto, l'attività amministrativa in generale è sottoposta al rispetto dei principi costituzionali di legalità e buon andamento; gli algoritmi, inoltre devono assicurare il giusto bilanciamento tra l'efficienza della decisione e la garanzia delle situazioni soggettive interessate. Per questo, è particolarmente importante assicurare trasparenza sui dati posti alla base della decisione e sui casi in cui è coinvolto l'algoritmo.

Nonostante ciò, oggi la nescienza ovvero il non sapere di tecnologia non sembra essere visto come una problematica deficienza e forse è questo il vero problema di fondo su un buono uso consapevole e che ne sfrutti tutte le potenzialità.

⁴ E. Catelani, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno stato tecnologico?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2021.

Non sapere come funziona internet, il *machine learning*, uno *smartphone*, vuol dire ormai non sapere e ignorare come funziona il mondo che ci circonda e quindi in che modo è possibile fare *policy* di governo che abbiano ponderazione ed efficacia riguardo ai nuovi bisogni ed esigenze che ci circondano.

5. Le decisioni politiche influenzate dal fenomeno del *crowdsourcing*

Per evidenziare come le scelte politiche attuali siano influenzate dalla partecipazione e dall'influenza derivanti dalle informazioni e dalle sensibilità che circolano sui nuovi mezzi di comunicazione, il Centro comune di ricerca (JRC) della Commissione europea ha pubblicato una [relazione su tecnologia e democrazia](#)⁵, che analizza l'influenza delle tecnologie *online* sui comportamenti politici e sul processo decisionale.

Il rapporto è stato redatto per analizzare l'impatto che il mondo *online* e *social* sta avendo sulle decisioni politiche. Circa il 48% degli europei utilizza i *social media* quotidianamente e interagisce politicamente *online*. Dato che queste piattaforme sono soggette a un controllo pubblico e a una *governance* democratica limitati, la loro influenza potenziale sulle società e sulla politica è enorme.

La diffusione e lo sviluppo della tecnologia in diversi ambiti della società fa mutare in continuazione le abitudini e il livello di conoscenza e informazione delle persone. La tecnologia e la diffusione del *web* hanno avuto un ruolo determinante nella diffusione delle informazioni e nel far interagire le persone scambiandosi informazioni e pareri su diverse tematiche. Anche la politica è stata influenzata da questo flusso continuo e non più unidirezionale di informazioni e conoscenze aprendosi sempre di più a forme di partecipazione delle decisioni politiche sempre più ampie e libere.

Si parla di *crowdsourcing* – neologismo usato per la prima volta nel 2006 da Jeff Howe nell'articolo "*The Rise of Crowdsourcing*" pubblicato sul magazine Wired – per riferirsi ad un processo che riconosce negli utenti e nelle persone comuni una fonte di ricchezza culturale e creativa inesauribile⁶. L'iniziativa muove dal principio secondo il quale le persone sono un'enorme fonte di cultura, di esperienze e idee indispensabili al processo d'innovazione politica, sociale ed economica orientata ad un nuovo modo di fare politica basata sul concetto di *open government*⁷. Si fonda, infatti, sul concetto di intelligenza collettiva e collaborativa.

⁵ <https://www.eurodesk.it/notizie/tecnologia-e-democrazia-comprendere-l-influenza-delle-tecnologie-online-sul-comportamento>

⁶ <https://albertodiminin.nova100.ilsole24ore.com/2014/08/25/open-innovation-2-0-crowdsourcing-e-democrazia-partecipativa-in-usa-e-ue/>

⁷ <https://albertodiminin.nova100.ilsole24ore.com/2014/08/25/open-innovation-2-0-crowdsourcing-e-democrazia-partecipativa-in-usa-e-ue/>

Esperienze partecipative come queste presentano punti di forza e di debolezza. Queste nuove forme di partecipazione, inoltre, hanno avuto un forte impatto anche sui tradizionali strumenti che erano a disposizione dei cittadini per influenzare le decisioni politiche del Parlamento e del Governo, come ad esempio i referendum di iniziativa popolare. Infatti, i referendum sulla cd. legalizzazione della cannabis e quelli sulla giustizia sono riusciti ad ottenere un gran numero di firme in pochissimo tempo grazie alla condivisione sui *social* e sul *web* di tali temi. Infatti, il 19 luglio scorso, con l'approvazione dell'emendamento del deputato di +Europa Riccardo Magi al decreto-legge su Semplificazioni e PNRR, la democrazia italiana ha fatto un passo in avanti non indifferente verso una sempre maggiore digitalizzazione. Con questo emendamento, ora si possono sottoscrivere digitalmente sia iniziative di referendum abrogativo sia di iniziative di legge popolari.

La democrazia italiana si sta sempre più avvicinando al concetto di “*Spid democracy*”⁸, cioè un ordinamento capace di influenzare e velocizzare i diversi processi burocratici grazie al Sistema Pubblico di Identità Digitale (Spid). Nell'ultimo anno e mezzo di pandemia si ha avuto una accelerazione in tal senso, ad esempio attraverso l'introduzione delle app IO e pagoPA.

Ma è davvero sufficiente un emendamento per cambiare così repentinamente la nostra democrazia? Si è tentati a rispondere positivamente. Il nuovo sistema infatti appare davvero rivoluzionario ed è potenzialmente in grado di cambiare sia la partecipazione alla vita politica del paese sia il rapporto tra cittadini e istituzioni. Queste nuove modalità di partecipazione hanno modificato l'agire politico dei diversi attori della vita politica italiana e hanno sollevato numerose perplessità tra parlamentari, costituzionalisti e politologi⁹.

Si tratta senza ombra di dubbio di una rivoluzione, non solo digitale, ma anche sociale e politica che, a dire il vero, solleva alcuni dubbi e quesiti. Per rappresentando la tecnologia un grande strumento di amplificazione e semplificazione della partecipazione politica, secondo alcuni si rischiano anche eccessive pressioni sulla Corte Costituzionale o addirittura di alterare o snaturare l'istituto referendario.

Vi sono, dunque, diverse sensibilità che vorrebbero un intervento del legislatore per prendere atto della rivoluzione digitale in corso e di legiferare di conseguenza, cercando di introdurre tutte quelle modifiche normative necessarie per governare e regolamentare il fenomeno. Tuttavia, legiferare riguardo ad aspetti che hanno a che fare con la tecnologia non è semplice, a volte, né utile dato che i tempi per la regolamentazione non riescono a seguire i tempi dell'evoluzione tecnologica, quindi si corre il rischio di regolamentare aspetti ormai superati.

⁸ <https://24plus.ilsole24ore.com/art/il-governo-tecnologia-crisi-fare-politica-e-studiare-futuro-ADafC4UB>

⁹ F. Musto, *Politica, Tecnologia e gestione delle vite*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

6. La tecnologia è “democratizzabile”?

La *tecnica vista come sistema autoreferenziale e come razionalità strumentale/calcolante* svuota però di senso e di scopo sia l'*approccio comunicativo* sia quello *partecipativo*, poiché la *tecnica come sistema si impone* nella società come un *inconfutabile dato di fatto razionale*, quindi *vero ed esatto a prescindere*, senza possibilità di errore; inoltre, *illude* ognuno di poter *influire e essere parte* attiva alla organizzazione e alla gestione del sistema tecnico, in cui invece l'uomo è progressivamente annullato e quasi alienato.

I *social* rappresentano in pieno di questa alienazione. La politologa Nadia Urbinati ritiene che: «Nella democrazia, l'agire politico non solo è pubblico, ma *deve essere reso pubblico*, messo sotto gli occhi del pubblico in due sensi: perché possa occuparsi di problemi che direttamente o indirettamente riguardano e condizionano tutti; e perché deve essere reso chiaro, giustificato e aperto al pubblico, *esposto sempre al giudizio dei cittadini*, i quali, in quanto 'corpo sovrano', hanno due poteri, quello di *autorizzare con il voto* e quello di *giudicare e controllare perpetuamente*, prima o dopo aver votato, coloro che hanno autorizzato a governarli¹⁰».

Le imprese tecnologiche, in questi anni, si sono sostituite allo Stato e la loro natura digitale è gestita da soggetti privati per fini di profitto privato¹¹. Queste imprese hanno un influente potere pervasivo nell'*agire pubblico e politico*, tuttavia il loro funzionamento e le loro modalità di gestione non sono pubbliche e soprattutto non vuole essere reso pubblico (nessuno conosce come funzionano gli algoritmi che ci *governano* ci *amministrano*), ma viene gestito in modo *autocratico*¹².

Un potere tecnico che nasce, si diffonde e viene diffuso attraverso *la ripetizione, la standardizzazione, l'ordinare il disordine, il rassicurare*. La rete, infatti, non è libera né democratica, non è gratuita né trasparente e neanche rivoluzionaria. Non è orizzontale, trasversale né è capace di rovesciare le gerarchie, non favorisce la partecipazione, ma crea dipendenza¹³.

¹⁰ <https://www.economiaepolitica.it/il-pensiero-economico/tecnologia-capitalismo-e-o-democrazia-la-lezione-di-luciano-gallino>

¹¹ <https://www.economiaepolitica.it/il-pensiero-economico/tecnologia-capitalismo-e-o-democrazia-la-lezione-di-luciano-gallino/>

¹² <https://transform-italia.it/scienza-politica-e-tecnologia>

¹³ <https://www.economiaepolitica.it/il-pensiero-economico/tecnologia-capitalismo-e-o-democrazia-la-lezione-di-luciano-gallino/>

7. Internet ha rivoluzionato il ruolo e funzionamento dei partiti e indirettamente il ruolo decisivo del governo

Internet ha portato dunque un cambiamento anche per quanto riguarda la comunicazione e l'informazione politica¹⁴. Esso, innanzitutto, ha permesso che si sviluppasse una variegata molteplicità di voci nuove provenienti “dal basso” (blog, siti di informazione e di controinformazione, emittenti radiofoniche e televisive online, giornali online etc). Ciò ha consentito una nuova forma di espressione di identità e di istanze rispetto al passato: si pensi alle istanze riguardanti il superamento di stereotipi e di discriminazioni legate al genere, all'orientamento sessuale, alle differenze culturali. Ha messo in crisi, quindi, i metodi consolidati per la creazione e la gestione del consenso¹⁵.

Il cambiamento sociale è evidente. La veridicità delle notizie che circolano su Internet è sicuramente labile e da molti messa in discussione. Le piattaforme sfruttano le informazioni raccolte sulle personalità degli utenti per catturare e mantenere la loro attenzione e invogliano le persone a partecipare e a condividere costantemente informazioni. Ma siamo davvero certi che l'informazione sia più libera con l'avvento di Internet e che sia davvero più facile farsi un'idea di ciò che accade in modo imparziale e ragionato¹⁶? Non necessariamente, infatti, internet allarga i nostri orizzonti, non è difficile escludere ciò che non rafforza il nostro punto di vista, il quale invece viene amplificato attraverso un processo di profilazione attuato soprattutto nel marketing.

Gli utenti molto spesso sono poco consapevoli dei dati che forniscono, di come vengono utilizzati e che a selezionare le informazioni visualizzate dagli utenti online sono algoritmi complessi, spesso poco trasparenti che possono incoraggiare un discorso polarizzato o rendere difficoltoso ricevere informazioni affidabili. I siti internet tracciano il nostro profilo e ci raggruppano, ci inviano informazioni mirate, proprio come fanno con i prodotti pubblicitari. Internet influisce, altresì, anche sul modo di organizzazione delle elezioni. I leader politici e capi di Stato utilizzano i “social network” per esprimere idee e formulare promesse¹⁷.

Ci si chiede, in aggiunta, se Internet possa modificare la struttura dei partiti politici, nonché se esso renda possibile l'esistenza di partiti differenti rispetto a quelli attuali e consenta nuove forme di dialogo più diretto tra eletti ed elettori. I social network sono diventati lo specchio della politica

¹⁴ <https://www.eurodesk.it/notizie/tecnologia-e-democrazia-comprendere-l-influenza-delle-tecnologie-online-sul-comportamento>

¹⁵ L. Morandi, *Le difficili intese: politica e tecnologia a confronto*, Milano, ETAS Kompass, 1969.

¹⁶ F. Musto, *Politica, Tecnologia e gestione delle vite*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.

¹⁷ <https://www.ilfoglio.it/filosofeggio-dunque-sono/2019/03/20/news/la-politica-nellarete-tecnologia-e-democrazia-244194/>

attuale. Sono il luogo dove risiedono i dati degli elettori che interessano ai partiti e che vengono elaborati e trattati con sofisticati strumenti di analisi. Inoltre, sono anche il luogo verso il quale i partiti veicolano le loro comunicazioni.

Innanzitutto, occorre ricordare che negli ultimi anni in politica ha avuto largo uso il portale “*Meetup*”, che facilita la formazione e la ricerca di gruppi di persone accumulati da interesse comune. Per quanto concerne l’Italia, non può non citarsi (senza voler darne un giudizio politico) l’esperienza portata avanti da Beppe Grillo che, insieme a Gianroberto Casaleggio, a partire dal 2005 ha lanciato il suo blog ed ha utilizzato “*MeetUp*” per formare gruppi di persone interessate a discutere le tematiche sollevate. In Italia, inoltre, si segnala poi l’iniziativa “*Tu Parlamento*”, una piattaforma promossa nel 2013 da un gruppo di parlamentari la quale utilizza LiquidFeedback per la formulazione di proposte e la partecipazione a discussioni.

Di sicuro si può affermare che l’influenza delle tecnologie e della scienza non sia da ricondurre solamente a questi ultimi decenni. Infatti, già a partire dal secondo dopoguerra con la redazione del piano Marshall, la politica italiana e il governo in particolare, ha dovuto prendere decisioni che si fondavano su modelli matematico-statistici riguardante la quota di finanziamenti del Piano da ripartire per ogni settore, in modo tale che il Piano esprimesse la sua massima potenzialità, redditività per portare il paese ad una crescita economica sostenuta. Sicuramente dato il contesto storico-politico di quegli anni si dovette trovare un compromesso tra ciò che i vari modelli matematici indicavano e le varie esigenze sociali, culturali che i partiti portavano in seno. Non sempre però le tecnologie e la scienza sono una scienza esatta poiché molte volte non tengono in considerazione molte variabili chiave sia dal punto di vista socio-politico che tecnico.

Un esempio lampante è stata la cd. riforma «*Fornero*» che aveva il compito specifico di risolvere i problemi strutturali del sistema pensionistico italiano, in periodo in cui la politica aveva demandato ai tecnici di trovare soluzioni a diversi problemi, la quale si basava su dati puramente tecnici ma che portò a non considerare un’elevata quota di lavoratori lasciandoli senza sussidio. Le nuove tecnologie, quindi, devono costituire uno strumento per coadiuvare e velocizzare l’analisi e la conoscenza dei dati tecnici che sono il presupposto della decisione politica, ma non possono sostituirsi a questa. Nonostante, quindi, l’evoluzione dell’intelligenza artificiale e la capacità dei programmi di acquisire in modo autonomo ulteriori conoscenze, vi deve essere sempre lo spazio per un controllo e per una verifica, sia nella selezione dei dati che nell’analisi degli obiettivi raggiunti.

Vi sono dunque due principali rischi derivanti da un cattivo utilizzo della tecnologia. Sicuramente da un lato vi è la convenienza in termini di risparmio di tempo e di impegno personale a controllare, affidandosi completamente e ciecamente alle informazioni e ai dati provenienti dalle macchine. Inoltre l’affidamento ai dati tecnici che si sostituiscono alla valutazione politica rappresenta uno

strumento per ridurre o comunque spostare su altri (tecnici o sull'IA) una parte della responsabilità politica. Quindi se è vero che per ogni decisione politica l'ultima parola deve essere sempre affidata alla persona fisica, il rischio è di affidarsi soltanto al risultato tecnico¹⁸.

Per cercare di gestire questa situazione vi è la necessità che tecnici e policy maker lavorino insieme per giungere ad un risultato accettabile. Probabilmente in un ambiente dove i tecnici siano maggiormente coinvolti nelle definizioni di leggi e regole in modo da creare delle figure definite “*Public interest technologist*”¹⁹, ovvero figure che studiano la tecnologia dal punto di vista dei regolamenti e nella salvaguardia dell'interesse pubblico. Per favorire l'emergere di queste figure, i servizi pubblici devono diventare il naturale sbocco di un percorso universitario e vanno resi appetibili agli occhi dei giovani. Ad oggi, solo alcuni politici si rendono conto dell'importanza di avere dei tecnici come parte fondamentale dei loro *team*.

8. Dichiarazione dei ministri del digitale del G20

Con l'accelerazione della trasformazione digitale, i governi, ad ogni livello dell'amministrazione, non devono agire esclusivamente come facilitatori e regolatori di questa transizione, ma devono anche cercare di trasformare il loro modo di operare e di servire la società. Il crescente uso di servizi digitali da parte dei cittadini, in particolare durante la crisi COVID-19, ha aumentato le aspettative dei cittadini e richiede al settore pubblico di raggiungere nuovi livelli di efficienza nel fornire servizi pubblici digitali inclusivi e facilmente accessibili e proattivi che mettono al centro le persone. Un “governo pienamente digitale” non deve solo essere digitalizzato, ma deve fornire ai cittadini e alle imprese servizi digitali proattivi, incentrati sull'uomo e orientati all'utente, sicuri, di facile utilizzo e accessibili a tutti, comprese le persone con disabilità, gli anziani, le comunità che vivono in aree remote e rurali. In questo senso, la digitalizzazione dei governi deve tendere ad un progressivo miglioramento dei servizi per tutte le imprese e i cittadini, pur mantenendo e garantendo l'accesso ai servizi pubblici anche nelle forme tradizionali. La trasformazione digitale dei governi, quindi, non deve portare a escludere imprese e cittadini che non desiderano o non hanno la possibilità di utilizzare i servizi pubblici digitali; per tale motivo i servizi pubblici tradizionali devono rimanere disponibili. Allo stesso tempo, il governo digitale deve favorire la protezione dei dati personali e della privacy di cittadini e imprese, al fine di creare un clima di fiducia e tranquillità della società.

¹⁸ E. Catelani, *Evoluzione del rapporto fra tecnica e politica. Quali saranno gli effetti in uno stato tecnologico?*, in Osservatorio sulle fonti, 2/2021.

¹⁹ <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/governare-lera-digitale-ecco-perche-non-si-puo-piu-separare-tecnologia-e-politica/>

