

# Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia



Direttore Scientifico  
Alberto Maria Gambino

## COMITATO SCIENTIFICO

Guido Alpa  
Vincenzo Di Cataldo  
Giusella Finocchiaro  
Giorgio Florida  
Gianpiero Gamaleri  
Alberto M. Gambino  
Gustavo Ghidini  
Andrea Guaccero  
Mario Libertini  
Francesco Macario  
Roberto Mastroianni  
Giorgio Meo

Cesare Mirabelli  
Enrico Moscati  
Alberto Musso  
Luca Nivarra  
Gustavo Olivieri  
Cristoforo Osti  
Roberto Pardolesi  
Giuliana Scognamiglio  
Giuseppe Sena  
Salvatore Sica  
Vincenzo Zeno-Zencovich  
Andrea Zoppini

Rivista Scientifica

ISSN (Online edition): 2239-7442

# QUADERNI DI

## diritto mercato tecnologia



Ministero  
dei beni e delle  
attività culturali  
e del turismo



**CREDA**  
Centro di Ricerca  
di Eccellenza per  
il Diritto d'Autore

**Numero 2**  
**Anno IV**  
**Aprile/Giugno 2014**

CON CONTRIBUTI DI:

Anna Argentati, Roberto Carmina, Ilaria Garaci, Andrea Napolitano, Gilberto Nava, Eleonora Sbarbaro.

## SOMMARIO

### Cultura, industria e proprietà intellettuale

**La nozione autonoma di diritto dell'Unione Europea di "opera parodistica" ed il "giusto equilibrio" nell'applicazione della relativa eccezione al diritto d'autore secondo la sentenza della Corte di Giustizia del 3 settembre 2014, causa C-201/13**

*di Eleonora Sbarbaro*

p. 7

### Mercato, concorrenza e regolazione

**Le ricadute sulla disciplina dei rapporti di lavoro del *discrimen* attività sportiva professionistica-dilettantistica**

*di Roberto Carmina*

p. 20

### Pratiche commerciali e tutela dei consumatori

**Contrattazione a distanza e nuovi diritti dei consumatori: quale ruolo per il *public enforcement*?**

*di Anna Argentati*

p. 29

**La tutela amministrativa dei consumatori alla luce del d.lgs. n. 21/2014**

*di Gilberto Nava*

p. 48

### Diritti della persona e responsabilità in rete

**Compensation for damages in the event of death, in the Italian Legal System**

*di Ilaria Garaci*

p. 72

**La responsabilità del direttore di testata giornalistica *on-line*: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma**

*di Andrea Napolitano*

p. 84

## COMITATO SCIENTIFICO

- Prof. Guido Alpa
- Prof. Vincenzo Di Cataldo
- Prof. ssa Giusella Finocchiaro
- Prof. Giorgio Floridia
- Prof. Gianpiero Gamaleri
- Prof. Alberto M. Gambino
- Prof. Gustavo Ghidini
- Prof. Andrea Guaccero
- Prof. Mario Libertini
- Prof. Francesco Macario
- Prof. Roberto Mastroianni
- Prof. Giorgio Meo
- Prof. Cesare Mirabelli
- Prof. Enrico Moscati
- Prof. Alberto Musso
- Prof. Luca Nivarra
- Prof. Gustavo Olivieri
- Prof. Cristoforo Osti
- Prof. Roberto Pardolesi
- Prof. ssa Giuliana Scognamiglio
- Prof. Giuseppe Sena
- Prof. Salvatore Sica
- Prof. Vincenzo Zeno-Zencovich
- Prof. Andrea Zoppini

## COMITATO DI REFEREE

- Margarita Castilla Barea
- Emanuele Bilotti
- Fernando Bocchini
- Roberto Bocchini
- Francesco Di Ciommo
- Cesare Galli
- Fiona Macmillan
- Marco Maugeri
- Enrico Minervini
- Anna Papa
- Francesco Ricci
- Maria Pàz Garcia Rubio
- Cristina Schepisi
- Antonella Tartaglia Polcini
- Raffaele Trequatrin
- Daniela Valentino
- Filippo Vari
- Alessio Zaccaria

## COMITATO DI REDAZIONE

- Davide Mula, Università Europea di Roma (Coordinatore del Comitato di Redazione)
- Martina Provenzano, Università Europea di Roma (Vice-coordinatore del Comitato di Redazione)
- Emanuela Arezzo, LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti d'America)
- Alessio Baldi (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali del Tribunale di Firenze)
- Enrico Bonadio (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico del Regno Unito)
- Linda Briceño Moraia, Università degli Studi di Pavia (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Spagna)

- Mattia de' Grassi di Pianura, CERNA, Mines ParisTech (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Francia)
- Maximiliano Marzetti, Universidad Católica Argentina Santa Maria de los Buenos Aires (Curatore degli aggiornamenti dell'area geografica del Sud America)
- Tobias Malte Mueller, Università di Mainz (Curatore degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Valerio Mosca (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Gilberto Nava, Università della Tuscia di Viterbo (Curatore degli aggiornamenti giurisprudenziali Tar Lazio e Consiglio di Stato in materia di diritto della concorrenza, pratiche commerciali scorrette, diritto e regolazione delle comunicazioni elettroniche)
- Francesca Nicolini, Università degli studi di Roma Tor Vergata (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico comunitario)
- Maria Francesca Quattrone, Università LUISS Guido Carli (Curatrice degli aggiornamenti giurisprudenziali in materia di proprietà intellettuale)
- Federica Togo, Università di Firenze (Curatrice degli aggiornamenti dell'ordinamento giuridico della Germania)
- Sveva Bernardini, Università Europea di Roma
- Maria Letizia Bixio, Università Parthenope di Napoli
- Anna Chiara Calabrese, Università Europea di Roma
- Oreste Calliano, Università degli studi di Torino
- Virgilio D'Antonio, Università degli studi di Salerno
- Massimiliano Dona, Università Europea di Roma
- Philipp Fabbio, Università degli studi di Reggio Calabria
- Valeria Falce, Università Europea di Roma
- Marilena Filippelli, IMT Institute for Advanced Studies
- Francesco Graziadei, LUISS Guido Carli
- Monica La Pietra, Università Europea di Roma
- Elena Maggio, Università Europea di Roma
- Federico Mastrolilli, Università Europea di Roma
- Giuseppina Napoli, Università Europea di Roma
- Andrea Nuzzi, Università Europea di Roma
- Giovanni Nuzzi, Università Europea di Roma
- Maria Cecilia Paglietti, Università degli studi Roma Tre

- Eugenio Prosperetti, Università degli studi di Roma La Sapienza
- Ana Ramalho, Università di Amsterdam
- Andrea Renda, LUISS Guido Carli
- Annarita Ricci, Università degli studi di Bologna
- Giovanni Maria Riccio, Università degli studi di Salerno
- Eleonora Sbarbaro, LUISS Guido Carli
- Marco Scialdone, Università Europea di Roma
- Benedetta Sirgiovanni, Università degli studi di Roma Tor Vergata
- Giorgio Spedicato, Università degli studi di Bologna
- Andrea Stazi, Università Europea di Roma
- Alessandra Taccone, Università Europea di Roma
- Francesco Vizzone, Università Europea di Roma

#### Collaboratori

- Roberto Alma
- Gianni Capuzzi
- Angelo Castaldo
- Giuseppe Cassano
- Iacopo Pietro Cimino
- Massimo Di Prima
- Lifang Dong
- Nicoletta Falcone
- Raffaele Giarda
- Lucio Lanucara
- Lucia Marchi
- Raffaele Marino
- Giuseppe Mastrantonio
- Marianna Moglia
- Valeria Panzironi
- Cinzia Pistolesi
- Augusto Preta
- Silvia Renzi
- Claudia Roggero
- Guido Scorza
- Paola Solito
- Claudia Stazi
- Ferdinando Tozzi

**La nozione autonoma di diritto dell'Unione Europea di "opera parodistica" ed il "giusto equilibrio" nell'applicazione della relativa eccezione al diritto d'autore secondo la sentenza della Corte di Giustizia del 3 settembre 2014, causa C-201/13**

*di*  
**Eleonora Sbarbaro**

**Abstract**

*In the judgment, the Court of Justice provides an autonomous and uniform concept of parody of EU law, together with the recommendations for the application of the related parody exception, provided for in Directive 29/2001.*

*According to the Court, the application of the exception must necessarily strike a "fair balance" between the implied interests, which are all protected by the EU Charter of Fundamental Rights.*

*However, the judgment does not recognize the independent "artistic-expressive" meaning and value of the parody, confining its relevance within the sphere of an "exception" to copyright law and related rights, thus not considering it a "freedom" or "full right".*

Nella sentenza in commento, la Corte di Giustizia individua, con riguardo all'opera parodistica, una nozione di diritto dell'Unione unitaria ed autonoma, fornendo altresì le indicazioni per l'applicazione concreta della relativa eccezione, contenuta nella direttiva 29/2001. Secondo la Corte, l'applicazione dell'eccezione di parodia deve necessariamente rispettare un "giusto equilibrio" tra gli interessi coinvolti, tutti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La pronuncia, tuttavia, omette di riconoscere l'autonomo significato e valore "artistico-espressivo" dell'opera parodistica e ne confina la rilevanza nella sfera dell'"eccezione" ai diritti d'autore e connessi, non avallandone una qualificazione in termini di "libertà" o "diritto pieno".

**Sommario:** 1. L'oggetto del rinvio pregiudiziale e l'inquadramento normativo del genere "parodia". - 2. La decisione della Corte di Giustizia. - 2.1. Sul primo quesito: se la nozione di "parodia" sia una nozione autonoma di diritto dell'Unione. - 2.2. Sul secondo e terzo quesito. - 3. Alcune considerazioni sulla sentenza in commento e sul "valore artistico-espressivo" della parodia come opera autonoma.

**1. L'oggetto del rinvio pregiudiziale e l'inquadramento normativo del genere "parodia".**

Il 3 settembre scorso la Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è per la prima volta espressa sulla nozione di "opera parodistica", pronunciandosi, seppur in modo sintetico e per la verità marginale, sulla natura e sulle

caratteristiche della parodia, nonché sulla possibilità per i titolari dei diritti sull'opera parodiata di opporsi a "stravolgimenti" di questa da parte di terzi che possano violare i principi europei di non discriminazione [1].

La domanda di pronuncia pregiudiziale, presentata dalla Corte di Appello di Bruxelles nell'aprile del 2013 [2], aveva ad oggetto l'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 29/2001 sulla società dell'informazione (c.d. direttiva *InfoSoc*) sull'eccezione di parodia [3], anche alla luce della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea [4], che tutela la dignità umana (art. 1), la libertà di espressione e di informazione (art. 11, par. 1), la libertà delle arti e delle scienze (art. 13), il diritto di proprietà (art. 17), il principio di non discriminazione (art. 21, par. 1), la diversità culturale, religiosa e linguistica (art. 22).

Nel diritto dell'Unione Europea l'opera parodistica viene qualificata dalla direttiva 29/2001 nei termini, piuttosto angusti, di una eccezione ai diritti esclusivi d'autore (e connessi) di riproduzione, distribuzione, comunicazione al pubblico e messa a disposizione del pubblico di opere o materiali protetti che gli Stati membri dell'Unione hanno la facoltà di disporre con riferimento ad utilizzi di opere altrui a scopo di caricatura, parodia o *pastiche*.

Il legislatore belga, a differenza di quello italiano, ha riprodotto nella legge sul diritto d'autore nazionale una previsione sostanzialmente simile all'eccezione contenuta nella direttiva [5]. Di recente, anche il Regno Unito – come già altri paesi dell'Unione tra cui Francia e Spagna – ha scelto di introdurre l'eccezione di parodia [6].

I quesiti posti dalla Corte belga riguardavano: 1) l'esistenza di una nozione autonoma di "parodia" nel diritto dell'Unione Europea; 2) la necessità di verificare la sussistenza di determinate condizioni o requisiti in un'opera per poterla definire "opera parodistica" – condizioni espressamente formulate dal giudice *a quo* ovviamente in stretta relazione con le particolari questioni giuridiche sollevate dal caso concreto oggetto del giudizio nazionale; 3) l'esistenza di altri requisiti o condizioni di liceità dell'opera parodistica [7].

Il procedimento principale aveva ad oggetto l'utilizzazione della rielaborazione di un disegno della copertina di un noto album a fumetti – della serie "*Suske en Wiske*" (in francese: "*Bob et Bobette*") – per la copertina di un calendario di propaganda politica distribuito durante un evento pubblico, il ricevimento di capodanno del 2011 della Città di Gand (in olandese "Gent"), in Belgio. L'immagine era apparsa anche sul sito web ed in una pubblicazione del partito politico, chiamato Vlaams Belang, definito come partito di estrema destra e portatore di ideologie contrarie a quelle dei ricorrenti.

L'opera originale era stata essenzialmente modificata in due modi: da un lato, la figura del "benefattore" (nel fumetto "Il benefattore senza freni" [8]) era sostituita con una personalità politica (l'allora sindaco della città di Gand) e, dall'altro, i beneficiari della sua generosità, intenti a raccogliere le monete lanciate dal benefattore, nel fumetto generici cittadini, erano trasformati in immigrati o in persone di nazionalità/etnia straniera (ad esempio, di colore o con abiti tipici musulmani come il *burqa*). La parte inferiore della copertina

del calendario presentava una scritta a mano: «Fré [l'autore del disegno] libero adattamento da Vandersteen [il creatore del fumetto]».

I titolari dei diritti d'autore e connessi sul disegno protetto denunciavano non solo l'illecito sfruttamento dei diritti di utilizzazione economica dello stesso, ma anche l'illegittimità di una utilizzazione che associava l'opera dell'autore ad un messaggio discriminatorio.

I due ricorsi in appello riuniti nel giudizio *a quo* erano stati presentati dal politico indicato nel calendario quale editore responsabile e dall'associazione che sosteneva il suo partito, sconfitti in primo grado dagli eredi dell'autore e da due società titolari di diritti sul fumetto.

## **2. La decisione della Corte di Giustizia.**

### **2.1. Sul primo quesito: se la nozione di “parodia” sia una nozione autonoma di diritto dell’Unione.**

Riguardo alla prima questione posta dal giudice del rinvio, la Corte di Giustizia ritiene che la parodia debba godere di una nozione unitaria ed autonoma di diritto dell’Unione.

Infatti, preso atto della mancanza di una definizione nella normativa europea e dell’assenza di rinvii al diritto degli Stati membri per stabilire il significato e la portata dell’eccezione, l’esigenza di garantire l’interpretazione uniforme del diritto ed il principio di uguaglianza conducono – in applicazione del consolidato orientamento della Corte, espresso peraltro in una nota decisione in materia di diritto d’autore (il caso Padawan [9]) – alla necessità di individuare una definizione autonoma.

In questo contesto, tuttavia, deve rilevarsi che l’armonizzazione del diritto d’autore dell’Unione e, in particolare, della disciplina delle eccezioni alle facoltà escludenti d’autore e “connesse”, subisce ancora oggi, *ab origine*, un fortissimo ostacolo, rappresentato dal fatto che il recepimento da parte degli ordinamenti nazionali della lunga lista di eccezioni contenuta nella direttiva 29/2001 è meramente facoltativo [10]. Pertanto, come evidenziato anche di recente nell’ambito della Consultazione pubblica in sede europea per una riforma del diritto d’autore [11], le normative nazionali dei Paesi membri sono ancora disomogenee e ciò rende la circolazione e l’utilizzo transfrontaliero delle opere oggetto di *copyright* e dei relativi servizi ancora estremamente “faticosi” persino tra i paesi dell’Unione.

### **2.2. Sul secondo e terzo quesito.**

Una volta assunto che la definizione di parodia debba essere individuata a livello unitario, la Corte ne identifica il contenuto affermando che essa ha (solamente) due caratteristiche essenziali:

- quella di evocare un’opera preesistente, pur presentando differenze percettibili rispetto all’opera parodiata,
- e quella di essere un «atto umoristico o canzonatorio».

Per la Corte non vi sarebbero altre condizioni o ulteriori requisiti perché possa parlarsi di opera parodistica. In particolare, questa non deve mostrare un proprio carattere originale (requisito di originalità) in modo tale che non possa essere ragionevolmente attribuita all'autore dell'opera originale anche per il riscontro di percettibili differenze con l'opera parodiata, né ha rilevanza il fatto che la critica colpisca l'opera originale o qualcosa o qualcun altro, né che l'opera indichi espressamente come fonte l'opera oggetto di parodia.

Spetta però al giudice del caso concreto (e pertanto qui alla Corte belga di rinvio), applicare tale eccezione valutando le specifiche circostanze del caso ed utilizzando, in particolare, il parametro del "giusto equilibrio" tra gli interessi dei titolari dei diritti d'autore e connessi, da un lato, e la libertà di espressione dell'utilizzatore dell'opera che si avvalga della suddetta eccezione, dall'altro.

Pertanto, fermo restando il concetto di parodia come sopra definito - ed il disegno di cui al procedimento principale rientra sicuramente nella nozione anzidetta - l'applicazione concreta dell'eccezione non può prescindere dagli obiettivi contemplati dalla norma [12], che dispongono il rispetto di tale "giusto equilibrio".

Fin qui, e peraltro anche nella parte conclusiva della pronuncia, la Corte non sembra sbilanciarsi favorendo un interesse rispetto all'altro, ed afferma che tale "valutazione di equilibrio" possa effettuarsi solo nella situazione concreta, ponderando tutte le circostanze del caso di specie.

A detrimento della libertà di parodia, però, conducono le considerazioni contenute nei punti 29, 30 e 31 della sentenza. Ivi si afferma che i titolari dei diritti d'autore e connessi hanno («in linea di principio») un «legittimo interesse» a che l'opera tutelata «non sia associata» ad un messaggio che violi i principi di non discriminazione e di parità di trattamento tra persone con riferimento alla razza, al colore ed all'origine etnica, garantiti, in particolare, dall'articolo 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Ciò significa che, in sostanza, ove il Giudice belga riscontri il carattere discriminatorio nell'elaborazione parodistica della copertina del fumetto, ai titolari dei diritti possa essere riconosciuto il diritto di opporsi alla relativa diffusione, come se la "negatività" di detto messaggio potesse pregiudicare i loro interessi morali o patrimoniali.

L'Avvocato Generale sembrerebbe invece aver espresso una posizione di maggiore libertà per la parodia, anche se, dopo un primo slancio a favore della libertà di espressione, chiarisce anch'egli di propendere per un equilibrio che non consente alla parodia una libertà completa nei contenuti espressi. L'Avvocato Generale, infatti, da un lato, riconosce al principio di libertà di espressione il primo posto fra i criteri normativi guida e ricorda che la suddetta libertà deve essere rispettata anche in caso di contenuti che disturbino, sconvolgano o inquietino [13]. Per altro verso, però, ritiene che non dovrebbero consentirsi quelle alterazioni dell'opera parodiata che «nella forma o nella sostanza, trasmettano un messaggio radicalmente contrario alle convinzioni più profonde della società, sulle quali in definitiva si

costruisce, e in definitiva vive, lo spazio pubblico europeo» [14], pur non avendo rilevanza il mero fatto che il messaggio non sia condiviso dall'autore dell'opera o dall'opinione pubblica.

### **3. Alcune considerazioni sulla sentenza in commento e sul “valore artistico-espressivo” della parodia come opera autonoma.**

La pronuncia in commento, pur omettendo di affrontare le questioni più profonde del complesso tema delle elaborazioni parodistiche, può essere comunque apprezzata in riferimento a quanto dispone circa la portata delle restrizioni alle fondamentali libertà di manifestazione del pensiero e di espressione artistica, libertà che una eventuale “censura” *tout court* del genere parodia comprometterebbe in modo sostanziale. Il genere parodia, infatti, ha origini antiche [15] e risponde «ai bisogni intimi ed indistruttibili della natura umana, e quindi non reprimibili da alcuna potenza di umano legislatore», prendendo in prestito le parole della saggia giurisprudenza italiana del 1908 nella decisione sull'elaborazione parodistica dell'opera “La figlia di Jorio” di Gabriele D'Annunzio compiuta da Eduardo Scarpetta [16].

Riguardo alla definizione di parodia fornita dalla Corte sulla base del “significato abituale” del termine nel “linguaggio corrente” [17], essa è evidentemente insufficiente e non coglie i complessi aspetti giuridici e di fatto coinvolti nella materia delle rielaborazioni di diritto d'autore, in particolare quelle di carattere comico ed umoristico, perdendo un'occasione per mettere a fuoco le ragioni, giuridiche e non, della “libertà” dell'opera parodistica dalle facoltà escludenti dei titolari dei diritti sull'opera parodiata. In particolare, la pronuncia non affronta la questione centrale, ovvero sia in cosa consista il “distacco” dall'opera madre, lo “stravolgimento artistico-stilistico-espressivo” compiuto dal parodista.

In quest'ottica, la pronuncia parte dal presupposto dell'applicazione dell'art. 5 della direttiva *InfoSoc* - che inquadra l'opera parodistica come mera eccezione ai diritti escludenti d'autore (e connessi) - e mai se ne discosta, rimanendo sempre nella prospettiva dell'“eccezione” e non in quella della “libertà” [18].

Una approfondita analisi della vera essenza dell'opera parodistica, sia dal punto di vista culturale che dal punto di vista giuridico, è stata invece compiuta in Italia dalla giurisprudenza - peraltro fin dai primi del '900, e precisamente nel sopracitato caso D'Annunzio/Scarpetta - grazie alla quale può dirsi consolidato un orientamento a favore della libertà della parodia (della vera parodia) come “diritto pieno” e non come semplice eccezione.

E forse proprio grazie a tale orientamento, e pur in assenza di una specifica disposizione di legge che disciplini il trattamento dell'opera parodistica, l'ordinamento italiano, a differenza di altri ordinamenti europei, non ha ceduto alla tentazione di recepire l'eccezione prevista nella direttiva, mentre sia la giurisprudenza che la dottrina seguitano a colmare la lacuna legislativa collocando la parodia prevalentemente tra le “opere autonome” di cui agli articoli 1 e 2 l.a. [19].

La spiegazione di tale scelta va senz'altro ricercata nella disciplina di diritto d'autore sulle opere derivate, da cui deve necessariamente prendere le mosse la riflessione sull'opera parodistica.

Infatti, per un verso, la normativa a tutela del *copyright* giustamente prevede che l'autore dell'opera originaria sia tutelato rispetto alle elaborazioni della propria creazione, le quali devono avvenire «senza pregiudizio dei diritti dell'autore dell'opera originaria» (così art. 2.3 Conv. Berna, e analogamente art. 4 legge autore italiana n. 633 del 1941). Si ricorda però che è illecita la sola utilizzazione “commerciale”, al di fuori della sfera personale e privata, compiuta senza il consenso del titolare dei relativi diritti, laddove l'autore della prima opera non può impedirne l'elaborazione in sé [20].

Per altro verso, è anche vero che non ogni forma o modo di “attingere” ad altra opera deve considerarsi un'“opera derivata” in senso tecnico-giuridico [21].

Infatti, il concetto giuridico di “derivato”, la cui pubblicazione è condizionata al *placet* del titolare dei diritti e pagante, va circoscritto facendo esclusivo riferimento all'oggetto della tutela autoriale, che non riguarda le idee, bensì solo la particolare “forma espressiva” delle stesse, non potendo riconoscersi il “carattere derivato” in senso giuridico ove la “comunanza” dell'idea – quivi compreso il “tema” – si accompagni tuttavia a modalità e forme espressive completamente differenti.

Da qui, rispetto al concetto “comune” di derivato, si delinea la distinzione tra opere “derivate autonome” – la cui pubblicazione non è soggetta al *placet* del titolare dei diritti sull'opera originaria – e “derivate dipendenti”, caratterizzate da sostanziale “ascendenza espressiva” rispetto all'opera madre e la cui pubblicazione è pertanto soggetta a quel *placet* [22].

Tali principi debbono essere applicati ad ogni forma di elaborazione creativa di opere altrui, anche di carattere serio, come peraltro ricordato di recente in una nota pronuncia del Tribunale di Milano [23].

L'esempio lampante della distinzione qui prospettata è rappresentato da quanto avviene nell'opera parodistica, con la precisazione che essa riprende alcuni elementi formali dell'opera parodiata, ma non la “forma espressiva”, che è unicamente quella provvista di uno specifico significato, che infatti nella parodia viene completamente alterato [24].

Ora, la giurisprudenza italiana ha affermato che lo stravolgimento stilistico e dell'impronta espressiva dell'opera parodiata genera un'opera del tutto autonoma ed indipendente dall'opera madre: dalla quale la prima prende nettamente e apertamente le distanze, approdando ad un risultato rappresentativo nuovo, che trasmette un “messaggio culturale” completamente diverso.

Esemplare di questo filone interpretativo è la pronuncia del Tribunale di Milano, Ordinanza 29 gennaio 1996 [25], relativa alla parodia in chiave “pesantemente” erotica dell'opera letteraria “Va' dove ti porta il cuore” della scrittrice Susanna Tamaro ad opera di Daniele Luttazzi. Lo stesso approccio restrittivo del concetto di “derivazione” viene ripreso e ribadito – peraltro, come anticipato, non solo per le opere parodistiche, ma anche per altri tipi di utilizzi “trasformativi” che non inducano al riso, come le c.d. “rivisitazioni” –

nella pronuncia del Tribunale di Milano, 14 luglio 2011, “Fondation Alberto et Annette Giacometti c. Stitking Fondazione Prada ed altri” [26].

In questa prospettiva, anche la nozione di parodia proposta dall’Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nelle proprie Conclusioni presentate il 22 maggio 2014, pur all’esito di una approfondita analisi degli elementi strutturali e funzionali dell’opera parodistica, non sembra cogliere in modo completo le caratteristiche dell’opera parodistica che la rendono libera dal regime delle autorizzazioni. L’Avvocato generale, infatti, nell’affermare l’esistenza di una “nozione autonoma di diritto dell’Unione” di parodia, la definisce come «un’opera che, con intento burlesco, combina elementi di un’opera anteriore chiaramente riconoscibile con elementi sufficientemente originali da escludere che possa essere ragionevolmente confusa con l’opera originale» [27].

Riguardo alla definizione di parodia fornita nella sentenza in commento, può dirsi che una così lacunosa nozione può avere, di contro, se presa alla lettera, anche dei risvolti positivi in termini di maggiore portata della libertà di espressione. Si richiede infatti davvero poco per godere dell’eccezione: sono sufficienti l’evocazione dell’altra opera ed il carattere comico-burlesco.

La dichiarata assenza di ulteriori condizioni perché possa parlarsi di parodia determina, poi, una ancora più larga applicazione del concetto di opera parodistica e, di conseguenza, dell’eccezione.

Come correttamente afferma la Corte di Giustizia, dal tenore letterale della norma non risulta che la nozione sia soggetta ad alcuna condizione, né il contesto o la funzione di eccezione sono incompatibili con tale assunto o inducono a compiere particolari distinzioni.

Non è però condivisa da chi scrive la scelta di escludere il riconoscimento di un proprio “carattere originale” nell’opera parodistica, che la distingue dall’opera parodiata. Sul punto si potrebbe invece affermare che la vera parodia ha, come prima si diceva, un proprio autonomo significato espressivo (oltre ad un proprio originale contenuto ideologico) e valore artistico, ed anche per questa ragione è proteggibile autonomamente. L’opera parodistica deve potersi distinguere dall’opera parodiata e mai confondersi con questa, poiché la vera parodia non deve essere attribuita per errore all’autore dell’opera parodiata. L’intento parodistico, in tal caso, non potrebbe considerarsi riuscito. Del resto, tutte le opere dell’ingegno proteggibili, anche le opere derivate “in senso stretto” o dipendenti, debbono possedere un, seppur minimo, carattere di “individualità”.

Tornando nuovamente alla decisione della Corte di Giustizia, una volta riscontrate in un’opera le sole due caratteristiche indicate dalla Corte perché questa possa inquadrarsi nel genere parodistico, vi è però un ulteriore “ostacolo” da superare perché possa godersi della relativa eccezione: l’utilizzo deve essere sottoposto al “vaglio” del giusto temperamento dei contrapposti interessi in gioco. Ed in quest’ottica, a parere della Corte, i titolari dei diritti d’autore e connessi hanno («in linea di principio») un «legittimo interesse» a che l’opera tutelata «non sia associata» ad un messaggio che violi i principi di non discriminazione e di parità di

trattamento tra persone con riferimento alla razza, al colore ed all'origine etnica.

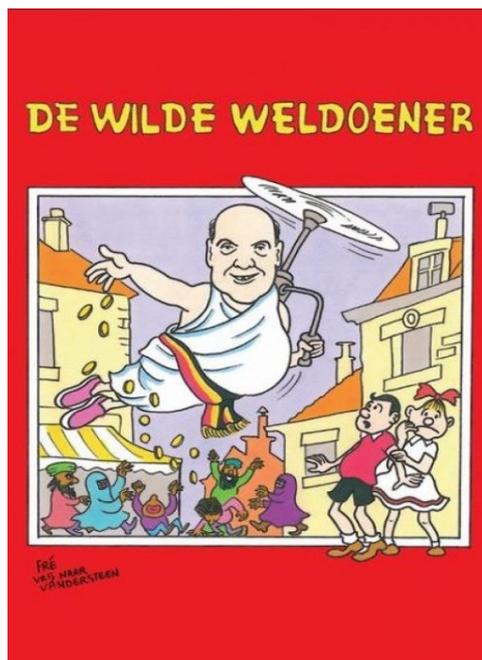
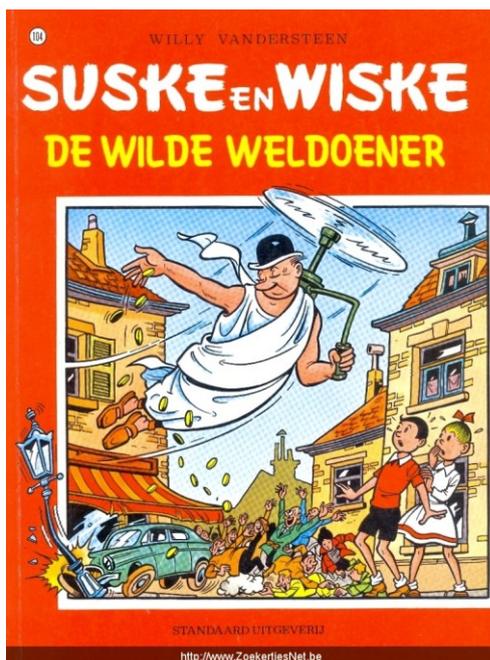
Riguardo a tali affermazioni, in realtà, non si comprende come possa essere considerata offensiva o discriminatoria l'immagine di un sindaco "benefattore" intento a distribuire monete alle categorie più povere di un paese, anche se queste vengano individuate con i propri tratti etnici o con le vesti tipiche della propria cultura, essendo tali indici di riconoscimento probabilmente necessari per rappresentare graficamente questo concetto.

Prescindendo tuttavia dalle considerazioni sull'eventuale offensività del messaggio contenuto nella parodia nei confronti di terzi, anche sul tema della possibilità di riconoscere la violazione dei diritti morali dell'autore dell'opera parodiata, la giurisprudenza italiana ha preso da tempo una posizione abbastanza chiara e costante.

Il giudice italiano, riconoscendo alla vera parodia un proprio "risultato rappresentativo" nuovo ed un proprio "messaggio artistico", "imputabile" nel bene e nel male al solo parodista e non più attribuibile all'autore dell'opera parodiata, ritiene che la parodia non possa comportare alcun pregiudizio all'identità personale e morale dell'autore della prima opera [28].

Tale approccio sembra il più coerente tanto con una bilanciata e proporzionata valutazione dei configgenti interessi privati in gioco, quanto con l'interesse collettivo, di rango costituzionale, alla libertà di espressione ed alla diffusione della cultura.

\* Seguono le due immagini messe a confronto: sulla sinistra quella originaria, la copertina dell'album a fumetti della serie "Suske en Wiske" dal nome "De Wilde Weldoener" ("Il benefattore senza freni" o "Il benefattore selvaggio"), dell'autore Vandersteen; sulla destra la parodia per il calendario del partito politico belga Vlaams Belang realizzata dall'artista Fré.



---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Rielaborazioni dal “carattere discriminatorio”.

[2] Domanda del 17 aprile 2013, proposta ai sensi dell’art. 267 TFUE, Causa C-201/13, parti: Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW contro Helena Vandersteen, Christiane Vandersteen, Liliana Vandersteen, Isabelle Vandersteen, Rita Dupont, Amoras Il CVOH, WPG Uitgevers België.

[3] L’5, paragrafo 3, lettera k) , della Direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione (GU L 167, pag. 10) .

[4] GU 2000, C 364, p. 1.

[5] Salvo, ad esempio, per l’espressa necessità «di tener conto delle pratiche leali». Per quanto riguarda la normativa belga, l’articolo 1 della legge del 30 giugno 1994, sul diritto d’autore e i diritti connessi, stabilisce quanto segue: «1. Solo l’autore di un’opera letteraria o artistica ha il diritto di riprodurla o di autorizzarne la riproduzione in qualsiasi modo e in qualsiasi forma (direttamente o indirettamente, in modo provvisorio o permanente, del tutto o in parte) . Tale diritto comporta in particolare il diritto esclusivo di autorizzarne l’adattamento o la traduzione. (...) 2. (...) Egli ha il diritto al rispetto della sua opera e ciò gli consente di opporsi a qualsiasi modifica dell’opera. Nonostante la rinuncia, egli conserva il diritto di opporsi a qualsiasi deformazione, mutilazione o altra modifica dell’opera o a qualsiasi altra violazione dell’opera che possa recare pregiudizio al suo onore o alla sua reputazione». Poi, con riferimento alla parodia, l’articolo 22, paragrafo 1, prevede che: «Se l’opera viene pubblicata in modo lecito, l’autore non può opporsi a (...) 6) una caricatura, parodia o *pastiche*, tenendo conto delle pratiche leali». Il richiamo alla lealtà/correttezza nella valutazione dei comportamenti che incidono sui diritti della proprietà intellettuale altrui – concetti che invece non ritroviamo nella legge sul diritto d’autore italiana – può suscitare un interessante confronto con una dottrina d’oltreoceano (canadese) che propone l’applicazione di un’“etica della virtù” («*virtue ethics*») come metro di valutazione per stabilire se un determinato utilizzo/comportamento possa essere considerato “*fair*” o meno ai fini dell’applicazione della dottrina del *fair dealing/fair use*. Mi riferisco, ad esempio, al pensiero del Professore David Lametti, riassunto nel saggio D. Lametti, *Laying Bare an Ethical Thread: From IP to Property to Private Law?*, in *Intellectual Property and The Common Law*, Shyam Balganeshe ed., Cambridge University Press, 2012, disponibile su: <http://ssrn.com/abstract=2084099>; pubblicato anche in questa rivista il giorno 15-09-2014 e nello stesso giorno oggetto di una *lectio* dal titolo “*Etica, proprietà intellettuale e tecnologia*” (Biblioteca Studio legale Gambino, Via dei Tre Orologi 14/a, Roma) . V. anche D. Lametti, *Etica della virtù: una rilettura della riforma del copyright canadese*, in *Dir. informatica*, 2013, n.

4-5, p. 657; D. Lametti, *The Objects of Virtue*, in *Property and Community 1*, Gregory S. Alexander & Eduardo Peñalver eds., 2010.

[6] La norma così dispone: «30A *Caricature, parody or pastiche. (1) Fair dealing with a work for the purposes of caricature, parody or pastiche does not infringe copyright in the work. (2) To the extent that a term of a contract purports to prevent or restrict the doing of any act which, by virtue of this section, would not infringe copyright, that term is unenforceable*». Per il testo aggiornato del “*Copyright, Designs and Patent Act*” del 1988 si veda:

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/331791/Copyright\\_Designs\\_and\\_Patents\\_Act\\_1988.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/331791/Copyright_Designs_and_Patents_Act_1988.pdf).

[7] Il “*Hof van beroep te Brussel*” aveva posto alla Corte di Giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se la nozione di «parodia» sia una nozione autonoma di diritto dell’Unione.

2) In caso di risposta affermativa, se una parodia debba soddisfare le seguenti condizioni o presentare le seguenti caratteristiche:

- mostrare un proprio carattere originale (originalità) ;
- mostrare siffatto carattere in modo tale che la parodia non possa essere ragionevolmente attribuita all’autore dell’opera originale;
- mirare a fare dell’umorismo o a canzonare, indipendentemente dal fatto che la critica in tal modo eventualmente espressa colpisca l’opera originale oppure qualche altra cosa o persona;
- indicare la fonte dell’opera oggetto di parodia.

3) Se un’opera debba soddisfare ulteriori condizioni o presentare ulteriori caratteristiche per poter essere definita una parodia».

[8] Per l’esattezza, il disegno era ripreso dalla copertina dell’album a fumetti di “*Suske en Wiske*” dal nome “*De Wilde Weldoener*” (“Il benefattore senza freni” o “Il benefattore selvaggio”).

[9] Sentenza C-467/08, EU:C:2010:620.

[10] La Direttiva, infatti, non impone agli Stati membri di garantire nemmeno alcune ipotesi fondamentali di libere utilizzazioni. Una delle critiche che vengono mosse alla Direttiva 29/2001 è pertanto quella di aver attribuito agli Stati membri, in materia d’introduzione e tutela delle eccezioni e limitazioni al diritto d’autore, delle semplici “facoltà” e non degli “obblighi”, utilizzando volutamente – si veda la versione inglese – il verbo “*may*” al posto di “*shall*”. Quest’ultimo termine è usato, invece, nelle disposizioni della Direttiva in cui si attribuiscono facoltà e tutele ai titolari dei diritti (v. articoli 2.1, 3.1 e 4.1 della Direttiva). L’unica eccezione obbligatoria, con riferimento al solo diritto di riproduzione, è volta a consentire quei meri atti di riproduzione temporanea privi di rilievo economico descritti all’art. 5.1.

[11] “*Public Consultation on the review of EU copyright rules*”, svoltasi nel periodo dal 5 dicembre 2013 al 5 marzo 2014,

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2013/copyright-rules/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/index_en.htm). Si veda, ad esempio, il documento presentato

dall’Osservatorio di Proprietà Intellettuale Concorrenza e Comunicazioni (OPICC) Università Luiss Guido Carli (Roma) e dal Centro di ricerca ASK (Art, Science and Knowledge) Università Bocconi, in collaborazione con la

Biblioteca dell'Università Bocconi (Milano) , disponibile al seguente link:  
[http://ricerca.giurisprudenza.luiss.it/sites/ricerca.giurisprudenza.luiss.it/files/Consultation-document\\_en\\_OPICC\\_ASK\\_inviato.pdf](http://ricerca.giurisprudenza.luiss.it/sites/ricerca.giurisprudenza.luiss.it/files/Consultation-document_en_OPICC_ASK_inviato.pdf).

[12] Obiettivi individuati nei considerando n. 3 e 31 della direttiva 29/2001. Il considerando n. 3 così recita: «L'armonizzazione proposta contribuisce all'applicazione delle quattro libertà del mercato interno e riguarda il rispetto dei principi fondamentali del diritto e segnatamente della proprietà, tra cui la proprietà intellettuale, della libertà d'espressione e dell'interesse generale». Ai sensi del considerando n. 31 della medesima direttiva: «Deve essere garantito un giusto equilibrio tra i diritti e gli interessi delle varie categorie di titolari nonché tra quelli dei vari titolari e quelli degli utenti dei materiali protetti. (...)».

[13] Come prevede l'art. 10, par. 2, della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo. Si veda il punto 80 delle Conclusioni. Rilevanti sono anche i seguenti successivi passaggi: «81. Per riassumere, sempre supponendo che la parodia risponda effettivamente ai requisiti sopra menzionati, l'interpretazione data nella fattispecie dal giudice civile alla nozione di parodia deve condurre a favore, in linea di principio, l'esercizio della libertà di espressione con questa particolare modalità. Il problema, tuttavia, riguarda i limiti del contenuto del messaggio, cui sono rivolte le considerazioni che seguono»; «85. Tenuto conto della «presenza» che si deve riconoscere ai diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico nel suo complesso, ritengo che, in linea di principio e dal mero punto di vista della nozione di parodia, non si possa escludere da tale nozione una determinata immagine solo perché il messaggio non è condiviso dall'autore dell'opera originale o può sembrare deplorabile a gran parte dell'opinione pubblica (...)».

[14] Punto n. 85. Si veda poi: «87. Spetta al giudice nazionale stabilire se, nel caso di specie, le alterazioni apportate all'opera originale restino rispettose di quelle che ho definito come le convinzioni più profondamente radicate nella società europea».

[15] La parodia risale ai tempi della Grecia Antica, come indicato anche in AA.VV.-Opera compilata da una Società di Letterati Italiani, *Dizionario delle origini, invenzioni e scoperte*, Milano, Tipografia di Angelo Bonfanti, 1830, tomo III, p. 1782. Il termine deriva dal greco “παρωδία”: “παρα” (“simile”, “vicino” o anche “contro”) e “ὠδή” (“canto”).

[16] Trib. Penale di Napoli, 27 maggio 1908, Imp. E. Scarpetta, in *Giur. It.*, 1909, n. 2, p. 1.

[17] Come da propria giurisprudenza consolidata. La stessa sentenza richiama la decisione del caso Diakité, C-285/12, EU:C:2914:39.

[18] Così G. Ghidini, *Exclusion and Access in Copyright Law: the Unbalanced Features of the European Directive “on Information Society” (InfoSoc) ?*, in *RDI*, 2013, n. 1, p. 5 ss. Si veda par. II, punto 9C.

[19] Si veda, fra tutte, l'ordinanza del Tribunale di Milano, 29 gennaio 1996, caso “Tamaro e Baldini & Castoldi s.r.l. c. Comix s.r.l. e P.D.E. Milano S.r.l.”, in *IDI*, 1996, n. 5, p. 407 ss., richiamata praticamente in tutte le pronunce successive.

[20] Regola generale, che tuttavia non potrebbe applicarsi a *software* e banche dati.

[21] Sul punto si veda A. Musso, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno, letterarie e artistiche*, in *Commentario del codice civile*, A. Scialoja – G. Branca (a cura di), Zanichelli, 2008, p. 42.

[22] Come osservato dal Prof. Gustavo Ghidini nella Relazione presentata nel corso del “III Convegno Italo-Francese sulla proprietà intellettuale – Le opere derivate ed i brevetti dipendenti”, tenutosi il 13 giugno 2014 ore 15:00 a Roma, presso l’Università Luiss Guido Carli, Aula Nocco, Via Parenzo, 11, <http://www.luiss.it/evento/2014/06/13/progettare-il-futuro-le-sfide-della-formazione-manageriale-nell-italia-che-cambia>.

[23] Tribunale di Milano (Pres. ed Est. dott.ssa Tavassi), 14 luglio 2011, “Fondation Alberto et Annette Giacometti c. Stitking Fondazione Prada ed altri”, in *IDI*, 2012, n. 3, p. 219 ss.

[24] Si veda G. Spedicato, *Opere dell’arte appropriativa e diritti d’autore*, in *Giur. Comm*, 2013, n. 1, p. 118, che sottolinea la distinzione tra semplice “forma” e “forma espressiva” delle opere dell’ingegno.

[25] Il già citato caso “Tamaro e Baldini & Castoldi s.r.l. c. Comix s.r.l. e P.D.E. Milano S.r.l.”.

[26] L’ordinanza del Tribunale di Milano richiama alcuni fondamentali e recenti casi della giurisprudenza nord-americana in cui, in applicazione della clausola del *fair use*, è stato riconosciuto il c.d. *transformative use*, uso trasformativo e pertanto libero e lecito dell’opera altrui. Tra questi, due casi di arte appropriativa. Il primo è “Patrick Cariou v. Richard Prince – Gagosian Gallery, Inc., Lawrence Gagosian”, No. 11-1197-CV, 2013 WL 1760521 (United State Court of Appeals for the Second Circuit - 2nd Cir. Apr. 25, 2013); per la verità la pronuncia del Tribunale di Milano richiama la sentenza di primo grado, del 2011 (della United States District Court for the Southern District of NY). Altro caso richiamato dal Tribunale di Milano è “Andrea Blanch v. Jeff Koons – the Salomon R. Guggenheim Foundation – Deutsche Bank AG”, 467 F.3d 244, No 05-6433-CV, (Court of Appeals for the Second Circuit - 2nd Cir. 2006).

[27] Conclusioni dell’Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 22 maggio 2014, Causa C-201/13, disponibili al seguente link:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=152656&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=164723>.

In particolare si veda il par. V, punto 89, “Conclusione” (la “Conclusione” delle “Conclusioni”) in cui si legge: «89. Per i motivi sopra esposti, propongo alla Corte di rispondere alle questioni sollevate dallo Hof van beroep nel modo seguente: «1) La nozione di “parodia” di cui all’articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 maggio 2001, sull’armonizzazione di taluni aspetti del diritto d’autore e dei diritti connessi nella società dell’informazione, è una nozione autonoma di diritto dell’Unione. 2) La “parodia” ai sensi dell’articolo 5, paragrafo 3, lettera k), della direttiva 2001/29 è un’opera che, con intento burlesco, combina elementi di un’opera anteriore chiaramente riconoscibile con elementi sufficientemente originali da escludere che possa essere

ragionevolmente confusa con l'opera originale. 3) Ai fini dell'interpretazione di tale nozione di parodia, il giudice civile deve ispirarsi ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, procedendo alla dovuta ponderazione tra gli stessi ove lo richiedano le circostanze del caso di specie».

[28] Così, ad esempio, Tribunale di Milano, 29 gennaio 1996, in *IDI*, 1996, n. 5, p. 407 ss. Si veda però Tribunale di Milano, 14 luglio 2011, "Fondation Alberto et Annette Giacometti c. Stitking Fondazione Prada ed altri", in *IDI*, 2012, n. 3, p. 219 ss.

**Le ricadute sulla disciplina dei rapporti di lavoro del *discrimen*  
attività sportiva professionistica-dilettantistica**

*di*  
**Roberto Carmina**

**Abstract**

*The paper considers critically the impact on the labor law of the Federal qualification of sport as a professional or amateur.*

Il lavoro prende in considerazione criticamente le ricadute sulla disciplina lavoristica della qualificazione federale dell'attività sportiva quale professionistica o dilettantistica.

**Sommario:** 1. Il quadro normativo nazionale. - 2. L'approccio comunitario. - 3. Il criterio sostanziale. - 4. Ulteriori considerazioni critiche.

**1. Il quadro normativo nazionale**

La legge n. 91/1981 stabilisce che sono professionisti gli atleti, gli allenatori e i dirigenti che svolgono l'attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità e attribuisce la qualificazione dell'attività sportiva, quale professionistica o dilettantistica, ad una scelta discrezionale delle Federazioni che, a nostro modo di vedere, sfocia nell'arbitrio. Infatti, di fronte a un'attività sportiva connotata dai requisiti richiesti per l'esercizio di un'attività professionistica e in particolare da una remunerazione comunque denominata (nella realtà fattuale, in ambito dilettantistico, sono presenti varie forme di monetizzazione per gli atleti e i tecnici) e dalla continuità delle prestazioni, appare incongruo che essa possa essere definita, come nella pratica spesso avviene (si pensi *ex multis* al basket femminile), attività dilettantistica. In questo modo si configura un diverso trattamento giuridico tra enti che svolgono attività sportiva con le medesime caratteristiche ma con diversa qualificazione federale. Infatti, si esonerano illegittimamente gli enti sportivi dilettantistici dall'obbligo di stipulare contratti di lavoro subordinato con gli atleti e quindi li si dispensa dai conseguenti stringenti doveri civilistici e tributari, consentendo, altresì, l'utilizzo di elastiche e atipiche forme di monetizzazione e elusivi rimborsi spese che in realtà celano veri e propri compensi per l'attività sportiva svolta. Inoltre, l'art. 61, commi 1° e 3°, del d.lgs. n. 276 del 2003, così come modificato dalla lettera a) del comma 1° e dal comma 25° dell'art. 23 della legge n. 92 del 2012, intitolato "attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro di cui alla legge 14 febbraio 2003 n. 30" stabilisce che gli enti sportivi dilettantistici affiliati alle Federazioni sportive nazionali, alle Discipline sportive associate e agli Enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI sono esonerati dal ricorso al contratto di lavoro a progetto per le collaborazioni anche coordinate,

continuative e personali [1]. Per non tacere che talune disposizioni regolamentari sportive dispongono, ancor più radicalmente, un divieto per gli enti sportivi dilettantistici di concludere qualsiasi tipo di accordo economico con i loro atleti [2], favorendo in tal modo la corresponsione di retribuzioni in nero. Per la dottrina risulta evidente “il contrasto, probabilmente insuperabile, della disciplina federale con i principi generali del diritto del lavoro in quanto in una Repubblica fondata sul lavoro (art. 1 della Costituzione) non si può tollerare che un'associazione privata (la Federazione) vieti la conclusione di contratti di lavoro” sulla base di un'anacronistica concezione di olimpismo che non corrisponde più alla realtà, visto che, allo stato dei fatti, lo spirito di olimpismo non è violato in caso di retribuzione degli atleti [3]. Inoltre, ormai gli enti sportivi dilettantistici possono usufruire anche della forma di società di capitali (seppure senza scopo di lucro) .

## 2. L'approccio comunitario

In ambito europeo lo sport è definitivamente ricompreso tra le materie di competenza dell'Unione Europea, in virtù del fatto che l'articolo 165 del trattato di Lisbona sul Funzionamento dell'Unione Europea ha conferito all'U.E. il mandato di incentivare, sostenere ed integrare le iniziative degli Stati membri in ambito di politica dello sport [4]. Tuttavia, già in precedenza, l'Unione Europea si era occupata della materia sportiva e degli enti sportivi. Per la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai fini dell'applicazione del diritto comunitario non rileva la distinzione tra attività sportive professionistiche e dilettantistiche, quanto piuttosto la natura economica o meno dell'attività svolta. Inoltre la giurisprudenza comunitaria chiarisce che, ai fini della qualificazione di un'atleta quale professionista, è sufficiente che questi percepisca una retribuzione periodica a fronte di un obbligo di effettuare una prestazione sportiva in forma subordinata costituente la sua attività principale [5]. Dunque, per l'ordinamento comunitario valgono criteri obiettivi e non mere enunciazioni formali [6]. Pertanto anche l'ente dilettantistico di cui l'atleta fa parte verrà considerato in ambito comunitario quale impresa (e non ente *no profit*) , con conseguente applicazione della normativa in materia. Per la Commissione Europea qualsiasi partecipazione agli scambi economici attraverso l'offerta di beni e servizi costituisce un'impresa, indipendentemente dalla volontà di profitto [7]. Infatti la ricerca del profitto, caratterizzante la nozione codicistica, è estranea alla nozione comunitaria, in base alla quale è considerata impresa qualunque entità che eserciti un'attività economica, indipendentemente dalla sua natura giuridica e dalle modalità di finanziamento [8]. Nella giurisprudenza comunitaria si prevede un divieto di abuso di posizioni dominanti (che consiste in una situazione di potere economico tale da consentire all'impresa, anche di fatto, di influenzare in modo considerevole l'andamento del mercato relativo a determinati servizi) che limitano la competizione fra gli operatori e ostacolano la libertà di offerta, giacché costituiscono delle imprese, anche di fatto, in grado di proteggersi dalla pressione della concorrenza [9]. Questi

stessi principi si sarebbero dovuti applicare in ambito sportivo nonostante la specificità di tale materia. In ogni caso la sua peculiarità non può giustificare una deroga così evidente ai principi fondamentali comunitari. Di conseguenza non dovrebbe essere ammissibile una differenziazione di trattamento tra gli enti professionistici e quelli dilettantistici, laddove questi ultimi svolgano sostanzialmente un'attività economica.

### 3. Il criterio sostanziale

La giurisprudenza nazionale espressamente statuisce: “la distinzione (peraltro assai sfuggente nell'agonismo del nostro tempo) tra professionismo e dilettantismo nella prestazione sportiva, si mostra, pertanto, priva di ogni rilievo, non comprendendosi per quale via potrebbe mai legittimarsi una discriminazione” e afferma che l'art. 16 del D.lgs. n. 242/1999 [10] obbliga le Federazioni a garantire “la partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità”. Inoltre la stessa giurisprudenza nega che la natura privatistica delle Federazioni possa giustificare l'applicazione di principi contrari all'ordine pubblico, che comportino una discriminazione, e che costituiscono il limite dell'attività negoziale [11]. Anche una parte della normativa nazionale non sembra dare peso al *discrimen* attività professionistica/dilettantistica, laddove l'art. 22, comma 5° *bis*, della legge n. 189/2002, stabilisce che il requisito necessario per ottenere il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di lavoro di carattere sportivo, consiste nello svolgimento di “un'attività sportiva a titolo professionistico o comunque retribuita” [12]. La disposizione in esame costituisce un espresso riconoscimento del dilettantismo retribuito e dell'equiparazione di questo al professionismo. In materia tributaria, invece, la normativa nazionale attribuisce delle agevolazioni fiscali alle società e associazioni sportive dilettantistiche [13]. Tuttavia, per quel che concerne gli enti sportivi dilettantistici (e più in generale gli enti non commerciali) , il criterio formalistico di attribuzione delle agevolazione fiscali è stato rovesciato dalla giurisprudenza in un criterio sostanziale che si fonda su una valutazione *case by case* da parte del giudice riguardo alla sussistenza dei requisiti previsti dalla legge, secondo il quale le esenzioni d'imposta a favore delle associazioni non lucrative dipendono non dalla veste giuridica assunta dall'associazione, ma dall'effettivo esercizio di un'attività senza fine di lucro [14]. Infatti, nel caso in cui la determinazione della natura non commerciale dell'attività svolta da un ente dipendesse dalle mere enunciazioni contenute nello statuto, questo diverrebbe arbitro incondizionato della tassabilità del proprio reddito, il che la legge non può ammettere, indipendentemente dalla reale natura delle mansioni poste in essere [15]. Seguendo tale approccio sostanzialistico la giurisprudenza ha iniziato anche ad aprirsi verso una linea di pensiero ancor meno formale e svincolata dall'appartenenza di un ente alle Federazioni, alle discipline associate o agli enti di promozione sportiva, ammettendo le agevolazioni fiscali anche per quelle società e associazioni sportive dilettantistiche che non fanno parte del sistema C.O.N.I. [16].

#### 4. Ulteriori considerazioni critiche.

Un ulteriore *punctum dolens* della disciplina tributaria degli enti sportivi dilettantistici consiste nella specifica qualificazione quali redditi diversi da quelli derivanti da attività di lavoro autonomo o subordinato, e quindi esenti dai contributi previdenziali, dei compensi erogati agli atleti, tecnici e figure assimilate, anche nell'ipotesi in cui siano particolarmente cospicui e nell'ambito dello svolgimento di un'attività concretamente imprenditoriale. Infatti, alla lettera m) , del comma 1°, dell'art. 67 del T.U.I.R. si prevede che rientrano, tra l'altro, in tale categoria "le indennità di trasferta, i rimborsi forfettari di spesa, i premi e i compensi erogati ai direttori artistici ed ai collaboratori tecnici per prestazioni di natura non professionale da parte di cori, bande musicali e filodrammatiche che perseguono finalità dilettantistiche, e quelli erogati nell'esercizio diretto di attività sportive dilettantistiche dal CONI, dalle Federazioni sportive nazionali, dall'Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine (UNIRE) , dagli enti di promozione sportiva e da qualunque organismo, comunque denominato, che persegua finalità sportive dilettantistiche e che da essi sia riconosciuto. Tale disposizione si applica anche ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di carattere amministrativo-gestionale di natura non professionale resi in favore di società e associazioni sportive dilettantistiche". A ciò di deve aggiungere che l'art. 69, comma 2°, del TUIR prevede un limite, pari ad euro 7.500.00, nel periodo d'imposta, al di sotto del quale ogni somma corrisposta da associazioni e società sportive dilettantistiche all'atleta dilettante a titolo di compenso sportivo di cui all'art. 67, comma 1°, lettera m) viene esclusa da qualsivoglia forma d'imposizione [17]. Il semplice superamento di tale soglia determina l'applicazione dell'imposizione salvo che non si tratti di rimborsi di spese documentate relative al vitto, all'alloggio, al viaggio e al trasporto sostenute in occasione di prestazioni effettuate fuori dal territorio comunale [18]. Pertanto, visto che i redditi diversi comportano l'esenzione da contributi previdenziali, realizzano un'illecita discriminazione nei confronti degli atleti, tecnici e figure assimilate che svolgono attività sportiva dilettantistica.

Una possibile parziale soluzione, a vantaggio di chi svolge funzioni didattiche sportive, consiste nel ritenere che, nel caso in cui l'attività sia per la maggioranza posta in essere a favore di persone la cui attività fisica non è finalizzata alla partecipazione a manifestazioni sportive dilettantistiche, si possa considerare, secondo il criterio della prevalenza, sussistente un preciso obbligo contributivo a carico degli enti sportivi dilettantistici in quanto l'esenzione competerebbe solo per quelle attività direttamente riconducibili a manifestazioni sportive dilettantistiche. Tuttavia, tale soluzione, come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità [19], si scontra con quanto disposto dalla legge, 27 febbraio 2009, n. 14, all'art. 35, comma 5°, che ha precisato la portata dell'espressione "nell'esercizio diretto di attività sportive dilettantistiche" contenuta nel citato art. 67 T.U.I.R., chiarendo che nella nozione di esercizio diretto di attività sportive dilettantistiche "sono ricomprese la formazione, la didattica, la preparazione

e l'assistenza all'attività sportiva dilettantistica” che si svolgano nel contesto di un rapporto associativo che lega l'istruttore al sodalizio sportivo dilettantistico.

Pertanto, da quanto sopra evidenziato, si evince l'arbitrarietà della qualificazione federale dell'attività sportiva quale professionistica o dilettantistica. La soluzione da noi propugnata consiste in un approccio *case by case* che tenga conto della continuità dell'attività prestata, dell'onerosità di essa e dell'imprenditorialità o meno dell'attività posta in essere dall'ente.

Oltretutto, la determinazione della qualificazione come dilettantistica o professionistica dell'attività sportiva, effettuata dalle Federazioni su direttiva del C.O.N.I., non è soggetta, allo stato dei fatti, ad alcun tipo di impugnazione. Tuttavia, sarebbe opportuno ammettere l'impugnabilità di tali scelte federali visto che si tratterebbe di un potere che viene esercitato su direttiva del C.O.N.I., in quanto esercizio di una potestà pubblicistica delegata, come si può desumere dall'art. 2, della legge n. 91/1981, ed espressione di discrezionalità amministrativa nell'applicazione di norme con finalità di interesse pubblico a cui corrispondono, a nostro modo di vedere, interessi legittimi, analogamente a quanto avviene per l'ammissione di un ente a un campionato o per l'affiliazione di esso a una Federazione. Ulteriormente, come già accennato, la qualificazione federale della natura dell'attività sportiva è un requisito essenziale per l'utilizzazione delle disposizioni sul lavoro sportivo e per l'applicazione della normativa sul lavoro subordinato o autonomo (a secondo dei casi) . Conseguentemente, tale decisione federale andrebbe a incidere sul diritto al lavoro e quindi su un diritto fondamentale del cittadino previsto dall'art. 1 della Costituzione e garantito dal Trattato U.E, precludendone l'esercizio, per cui sarebbe illogico e antigiusdizionale impedirne l'impugnabilità. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul punto chiarisce espressamente che “l'esistenza di un rimedio giurisdizionale contro un provvedimento con cui un'autorità nazionale neghi il godimento di questo diritto (n.d.r. il diritto al libero accesso al lavoro) è essenziale per garantire al singolo la tutela effettiva del suo diritto” [20]. La dottrina precisa che il principio enunciato dalla Corte sembra applicabile anche (e a maggior ragione) nel caso in cui il provvedimento lesivo dei diritti del lavoratore non promani dall'autorità nazionale ma da un ente privato, quale ad esempio la F.I.G.C. [21].

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Per approfondire la questione si veda M. PERSIANI, *Considerazioni sulla nuova disciplina delle collaborazioni non subordinate*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2013, 826 s.s.

[2] A titolo esemplificativo, nel settore calcistico, l'articolo 29 delle N.O.I.F. (Norme Organizzative Interne Federali) , stabilisce: “1. Sono qualificati non professionisti i calciatori tesserati, compresi quelli di sesso femminile, che

svolgono attività sportiva per società associate nella L.N.D., che giocano a Calcio a Cinque e che svolgono attività ricreativa. 1.bis Ai calciatori non professionisti, al fine di permettere, anche avuto riguardo alle disposizioni FIFA, lo svolgimento di attività tanto di calcio a undici, tanto di calcio a cinque, è consentita la variazione di attività nei limiti e con le modalità fissate dall'art.118 delle N.O.I.F. 2. Per tutti i calciatori non professionisti è esclusa ogni forma di lavoro, sia autonomo che subordinato. 3. I rimborsi forfettari di spesa, le indennità di trasferta e le voci premiali, ovvero le somme lorde annuali secondo il disposto del successivo art. 94 ter, possono essere erogati esclusivamente ai calciatori tesserati per società partecipanti ai Campionati Nazionali della L.N.D., nel rispetto della legislazione fiscale vigente ed avuto anche riguardo a quanto previsto dal C.I.O. e dalla F.I.F.A.”; ai sensi dell'art. 94 ter, delle NOIF “1. Per i calciatori/calciatrici tesserati con società partecipanti ai Campionati Nazionali della Lega Dilettanti è esclusa, come per tutti i calciatori/calciatrici non professionisti, ogni forma di lavoro autonomo o subordinato. 2. Gli stessi devono tuttavia sottoscrivere, su apposito modulo accordi economici annuali - fatta eccezione per quanto disposto al successivo punto 7 - relativi alle loro prestazioni sportive concernenti la determinazione della indennità di trasferta, i rimborsi forfettari di spese e le voci premiali come previste dalle norme che seguono. Tali accordi potranno anche prevedere, in via alternativa e non concorrente, l'erogazione di una somma lorda annuale, da corrisondersi in dieci rate mensili di uguale importo, nel rispetto della legislazione fiscale vigente. Gli accordi dovranno essere depositati, entro e non oltre il 15° giorno successivo alla loro sottoscrizione, presso il Comitato e le Divisioni di competenza, a cura della società e con contestuale comunicazione al calciatore; qualora la società non vi provveda, il deposito può essere effettuato dal calciatore entro il 25° giorno successivo alla data di sottoscrizione dell'accordo. Gli accordi predetti cessano di avere efficacia in caso di trasferimento del calciatore, sia a titolo definitivo che temporaneo, nel corso della stagione sportiva”; l'art. 39, 2° comma del Regolamento della Lega Nazionale Dilettanti F.I.G.C, sancisce: “sono vietati e nulli ad ogni effetto e comportano la segnalazione delle parti contraenti alla Procura Federale per i provvedimenti di competenza, gli accordi e le convenzioni scritte e verbali di carattere economico fra società e calciatori/calciatrici non professionisti e giovani dilettanti, nonché quelli che siano, comunque, in contrasto con le disposizioni federali e quelle delle presenti norme”.

[3] E. Indraccolo, *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, 119.

[4] L'articolo 165 del Trattato di Lisbona sul Funzionamento dell'Unione europea recita: “l'Unione contribuisce alla promozione dei profili europei dello sport, tenendo conto delle sue specificità, delle sue strutture fondate sul volontariato e della sua funzione sociale ed educativa. L'azione dell'Unione è intesa: (...) a sviluppare la dimensione europea dello sport, promuovendo l'equità e l'apertura nelle competizioni sportive e la cooperazione tra gli organismi responsabili dello sport e proteggendo l'integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani.

L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di istruzione e di sport, in particolare con il Consiglio d'Europa", consultabile in <http://eur-lex.europa.eu>.

[5] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 8 Maggio 2003, C-438/00, *Oberlandesgericht Hamm c. Maros Kolpak*, in *Guida al Diritto*, 2003, 111 s.s.

[6] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 11 Aprile 2000, procedimenti riuniti C-51/96 e C-191/97, *Christelle Deliege c. Ligue Francophone de Judo et disciplines associées ASBL e a*, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu>.

[7] Commissione CEE, 24 Ottobre 1992, 92/521/CEE, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu>.

[8] B. Agostinis, *L'abuso di posizione dominante in ambito sportivo* in *Diritto Comunitario dello sport*, J. TOGNON (a cura di) , Giappichelli, 2009, 188 s.s.

[9] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 23 Aprile 1991, C-41/90, *Klaus Hofner and Fritz Elser c. Macroton GmbH* ECR, consultabile in <http://eur-lex.europa.eu>.

[10] Ex art. 16 del D.lgs. n. 242/1999 "le federazioni sportive nazionali sono rette da norme statutarie e regolamentari sulla base del principio di democrazia interna, del principio di partecipazione all'attività sportiva da parte di chiunque in condizioni di parità e in armonia con l'ordinamento sportivo nazionale ed internazionale", consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it).

[11] Tribunale di Pescara, Ordinanza 18 Ottobre 2001, in commento di J. Tognon, *La libera circolazione nel diritto comunitario: il settore sportivo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2002, 655 s.s.

[12] Ai sensi dell'art. 22, comma 5° bis, della legge n. 189/2002 "con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, su proposta del Comitato olimpico nazionale italiano (C.O.N.I.) , sentiti i Ministri dell'interno e del lavoro e delle politiche sociali, è determinato il limite massimo annuale d'ingresso degli sportivi stranieri che svolgono attività sportiva a titolo professionistico o comunque retribuita, da ripartire tra le federazioni sportive nazionali. Tale ripartizione è effettuata dal C.O.N.I. con delibera da sottoporre all'approvazione del Ministro vigilante. Con la stessa delibera sono stabiliti i criteri generali di assegnazione e di tesseramento per ogni stagione agonistica anche al fine di assicurare la tutela dei vivai giovanili", consultabile in [www.camera.it](http://www.camera.it).

[13] Si vedano la legge n. 398/1991 e gli artt. 143, 148, 149 del T.U.I.R.

[14] Cfr. Corte di Cassazione, Sezione Tributaria, 20 Febbraio 2013, n. 4152, consultabile *on line* in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it); Corte di Cassazione, 11 Dicembre 2012, n. 22578, in *Giustizia Civile Mass*, 2012, 1398; Corte di Cassazione, 12 Maggio 2010, n. 11456, in *Giustizia Civile Mass*, 2010, 728. Si veda anche Corte di Cassazione, 20 febbraio 2013, n. 4147, consultabile *on line* in [www.grandiclienti.ilsole24ore.com](http://www.grandiclienti.ilsole24ore.com), secondo la quale deve prevalere la sostanza sulla forma dell'attività svolta dall'ente sportivo dilettantistico. Inoltre in quest'ultima sentenza si afferma anche che un improprio criterio formalistico permane tuttora per le società professionistiche, per le quali si esclude l'applicazione delle agevolazioni fiscali senza tuttora procedere ad una valutazione concreta dell'attività posta in essere.

[15] In questo senso Corte di Cassazione, Sezione I, 4 Ottobre 1991, n. 10409, in *Rivista di Diritto Tributario*, 1992, 373 s.s.

[16] Cfr. Corte di Cassazione, 13 Novembre 2003, n. 17119, consultabile *on line* in [www.DeJureGiuffrè.it](http://www.DeJureGiuffrè.it).

[17] Rientrano tra i rimborsi delle spese di viaggio sostenute dal soggetto interessato per raggiungere il luogo di esercizio dell'attività mediante un proprio mezzo di trasporto, di cui all'art. 69, comma 2°, del TUIR, anche le indennità chilometriche. Dette indennità chilometriche, in base alla norma da ultimo richiamata, non concorrono a formare il reddito se le spese sono documentate e sostenute in occasioni di prestazioni effettuate fuori dal territorio comunale. Diversamente, se le prestazioni sono effettuate all'interno del territorio comunale o, comunque, se le spese non sono documentate, le indennità chilometriche non concorrono alla formazione del reddito fino alla franchigia di euro 7.500, 00 da calcolare considerando anche le indennità, i rimborsi forfetari, i premi e i compensi percepiti. In ogni caso le indennità chilometriche, per rientrare tra le spese documentate, non possono essere forfetarie, ma devono essere necessariamente quantificate. Cfr. Risoluzione Agenzia delle Entrate, 11 Aprile 2014, n.38/E, consultabile *on line* in [www.agenziaentrate.gov.it](http://www.agenziaentrate.gov.it). Inoltre, si deve distinguere fra una prestazione resa in regime di collaborazione coordinata e continuativa, che dovrà essere sempre iscritta sul Libro Unico del Lavoro, e l'esecuzione di mansioni o servizi di carattere istituzionale che caratterizza i soci delle associazioni sportive dilettantistiche, iscritte nelle rispettive federazioni, con compenso annuo fino a 7.500, 00, non soggetta ad obblighi di registrazione. Cfr. Nota del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, 5 Dicembre 2008, n.104537, consultabile *on line* in [www.DeJureGiuffrè.it](http://www.DeJureGiuffrè.it).

[18] Il semplice superamento di tale soglia di 7.500.00 euro determina l'applicazione dell'imposizione salvo che non si tratti di rimborsi di spese documentate relative al vitto, all'alloggio, al viaggio e al trasporto sostenute in occasione di prestazioni effettuate fuori dal territorio comunale. Inoltre, l'attuale normativa prevede, al superamento del limite suddetto, in alcuni casi un'imposizione fiscale a titolo d'imposta, mentre, in altri, un'imposizione a titolo d'acconto. Infatti, sulla parte imponibile non superiore ad euro 20.658, 28 sarà applicabile una ritenuta a titolo d'imposta. Al contrario, qualora la suddetta quota sia superiore al valore da ultimo citato scatterà la ritenuta a titolo d'acconto. La prima delle ritenute citate dovrà essere applicata nella misura fissata per il primo scaglione di reddito e maggiorata delle addizionali di compartecipazione I.R.P.E.F. In quest'ultimo caso, tuttavia, la parte dei redditi assoggettata a ritenuta a titolo d'imposta, avendo già integralmente scontato la relativa imposizione, concorrerà ai soli fini determinativi delle aliquote da applicare al Modello UNICO dell'anno in corso. La ritenuta a titolo d'acconto, poi, sarà applicata nella medesima misura proporzionale. Inoltre, lo sportivo dilettante, assoggettato ad imposizione secondo le prescrizioni della normativa tributaria interna, dovrà adempiere, oltre che agli obblighi di versamento e corretta liquidazione del tributo, anche ad ogni ulteriore obbligo dichiarativo e formale prevista attualmente nel Testo Unico.

[19] Corte di Cassazione, Sezione III, 26 Febbraio 2014, n. 31840, consultabile *on line* in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

[20] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 Luglio 1976, C-13/76, *Donà c. Mantero*, in *Foro Italiano*, 1976, 361 s.s.

[21] E. Indraccolo, *Rapporti e tutele nel dilettantismo sportivo*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, 31 s.s.

***Contrattazione a distanza e nuovi diritti dei consumatori: quale ruolo per il public enforcement?***

di  
**Anna Argentati\***

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. La cornice ordinamentale entro cui si inscrivono le nuove norme – 3. Il *public enforcement*: *ratio* e portata innovativa. – 3.1. Il contenuto della nozione di “*violazioni delle norme di cui alle Sezioni I-IV*” e il rapporto con il divieto di pratiche commerciali scorrette. – 3.2. Autorità amministrativa e giudice ordinario. – 3.3. Il rapporto con le altre autorità indipendenti: cenni. – 4. Osservazioni conclusive.

**1. Premessa.**

Il decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 [1] costituisce l'ultimo tassello di un percorso legislativo che ha visto negli anni rafforzare sensibilmente le tutele per i consumatori ed ampliare le competenze dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, arricchendone il profilo istituzionale e le possibilità di intervento.

L'origine dell'intervento è noto. Obiettivo della direttiva comunitaria cui esso dà recepimento era quello di semplificare e aggiornare le norme di cui alle precedenti direttive 85/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, e 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, rimuovendo le incoerenze, colmando le lacune e rimediando all'eccessiva frammentazione delle normative nazionali attuative delle previgenti direttive europee. Ciò nella consapevolezza che il potenziale transfrontaliero delle attività di vendita a distanza, e in particolare di quelle on-line, non risulta ad oggi pienamente sfruttato e occorre perciò migliorare il funzionamento del mercato interno, aumentando la fiducia dei consumatori, e consentendo alle imprese che operano a livello trans-frontaliero risparmi in termini di oneri amministrativi e spese di esercizio [2].

In tale quadro, il d. lgs. n. 21/2014 interviene, da un lato, innovando in numerosi punti la disciplina dei contratti di consumo, con previsioni che riguardano soprattutto i contratti a distanza, stipulati via internet o telefonicamente, ma, in misura minore, anche i contratti di tipo tradizionale conclusi all'interno dei locali commerciali; dall'altro, detta alcune importanti previsioni in tema di tutela amministrativa, prevedendo la competenza unica dell'Autorità ad applicare le nuove norme e sancendo in via definitiva la scelta del principio di unitarietà nella tutela amministrativa dei consumatori. In particolare, il riconoscimento in capo all'AGCM del potere di accertare e sanzionare le violazioni delle nuove disposizioni segna un chiaro avanzamento della tutela pubblicistica affidata all'Autorità. Al contempo - ed è questa l'altra novità fondamentale - l'AGCM riconquista la piena

competenza ad occuparsi di pratiche commerciali scorrette nei settori regolati, che era stata esclusa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato [3]. A tali previsioni si accompagna, infine, un deciso inasprimento delle sanzioni amministrative, il cui tetto massimo sale da 500 mila a 5 milioni di euro.

Scopo del presente scritto è approfondire il *public enforcement* delle nuove norme, terreno sul quale la disciplina non manca di destare interesse ed anzi - per usare le parole di un autorevole studioso - può persino suscitare una "qualche inquietudine" [4].

A dispetto infatti del generale *favor* con cui è stata salutata la nuova competenza, e a fronte della ormai consolidata ricostruzione della tutela del consumatore in termini di complementarietà con il diritto antitrust [5], non si può non sottolineare come la nuova attribuzione, se in astratto presenta degli evidenti elementi di contiguità con quella in tema di pratiche commerciali scorrette, dall'altro si presta anche a sollevare taluni non secondari interrogativi in merito alla *ratio* del controllo amministrativo: e ciò essenzialmente per il fatto che le nuove norme sembrano, *prima facie*, rivolte a colpire soltanto comportamenti posti in essere nell'ambito di singoli rapporti contrattuali, nell'apprezzamento dei quali da parte dell'AGCM sfuma, anzi perde ogni rilievo il "mercato" quale orizzonte di valutazione e obiettivo ultimo dell'azione amministrativa.

E' lecito prevedere, dunque, che il nuovo assetto non potrà non offrire nuova linfa ad un dibattito che si protrae ormai da anni e che ruota intorno al ruolo dell'Autorità antitrust: in che misura cioè risulti desiderabile che tale Istituzione pubblica sia chiamata a farsi carico anche di conflitti propriamente interindividuali (a prescindere dall'impatto sul mercato) e se la soluzione prescelta non riproponga con forza il tema della progressiva "amministrativizzazione" della tutela giuridica nell'ordinamento, a cui da tempo una parte della dottrina commercialistica dedica le proprie riflessioni critiche [6]. Se, in definitiva, il rischio non sia quello di una "ibridazione del ruolo dell'Autorità, di una sua trasformazione cioè in una sorta di giurisdizione speciale chiamata in causa per dare soddisfazione a istanze individuali di tutela" [7].

Di seguito, dopo alcuni cenni alla cornice ordinamentale entro cui si inscrivono le previsioni, si approfondiranno alcuni aspetti di maggiore interesse della nuova competenza amministrativa. A conclusione, sarà così possibile svolgere alcune considerazioni sul ruolo dell'Autorità e sul valore aggiunto che la sua azione può portare nell'applicazione delle nuove norme in materia di contratti a distanza.

## **2. La cornice ordinamentale entro cui si inscrivono le nuove norme**

Se si vuole inquadrare sinteticamente le nuove previsioni, non si può fare a meno di rilevare come le stesse si inscrivano in un contesto normativo nel quale è andato via via assumendo crescente importanza il tema del rapporto tra tutela del mercato concorrenziale e rispetto di principi di correttezza, equilibrio ed equità nei rapporti economici, anche sotto il profilo,

prettamente istituzionale, dell'*actio finium regundorum* tra le attribuzioni delle diverse Autorità amministrative di regolazione e di garanzia[8]. In particolare, ciò a cui si è assistito in un'ottica evolutiva è stata la crescente attenzione prestata dal legislatore verso strumenti e rimedi giuridici idonei all'individuazione non solo dei requisiti dell'agire lecito negoziale rispetto a parametri estrinseci e formali, ma anche sotto il profilo sostanziale dell'equilibrio negoziale, dell'equo bilanciamento di diritti ed obblighi, della correttezza [9].

Ciò è accaduto - come noto - innanzitutto per il consumatore finale, per il quale si è passati dalla tutela formale codicistica alla tutela sostanziale consumeristica, ma è altresì noto come ben presto il legislatore abbia esteso anche oltre il consumatore finale le tutele del contraente debole (si consideri la recente estensione della tutela contro le pratiche commerciali scorrette alle microimprese) , arrivando a sfidare il principio di autonomia contrattuale nei rapporti tra imprese e inducendo una parte della dottrina a parlare di "terzo contratto": è sufficiente porre mente ai rapporti inter-impresariali, in cui il presidio dell'equilibrio del sinallagma contrattuale è affidato al divieto di abuso di dipendenza economica, ma anche all'art. 62 del d.l. n. 1/2012 che ha introdotto una disciplina speciale dei contratti e dei rapporti commerciali lungo la filiera agroalimentare. In estrema sintesi, dalla crisi del dogma della libertà contrattuale si è passati attraverso una serie variegata di interventi all'esigenza di conciliare il principio dell'autonomia privata nelle contrattazioni di mercato strutturalmente squilibrate.

A livello più generale, tali interventi rappresentano tutti il chiaro indice di come all'interno dell'ordinamento sia stato accolto il principio che *l'efficienza* del mercato presuppone sempre (anche) un *contesto sociale ordinato* in termini di correttezza dei comportamenti [10]. In altre parole, traspare un'impostazione di fondo secondo cui un *sistema di economia sociale di mercato* [11] per funzionare in modo efficace ed efficiente, contribuendo al tempo stesso al benessere della collettività, debba essere governato anche da principi e paradigmi di vario tipo che assicurino *equilibrio, correttezza ed equità* negli scambi [12].

A fronte di tale linea evolutiva sul piano del diritto sostanziale, si è assistito negli anni alla progressiva "dilatazione" delle competenze dell'AGCM, individuata di volta in volta dal legislatore come l'Istituzione meglio posizionata per far fronte alle nuove esigenze di tutela: una espansione per via orizzontale che ha, peraltro, impegnato non poco la dottrina più avvertita (e la stessa AGCM) nel tentativo di trovare una chiave di lettura "armonizzante" delle nuove attribuzioni, coerente con la missione istituzionale originaria. Sicché, per l'art. 9, comma 3-*bis*, della l. n. 192/1998 in tema di abuso di dipendenza economica è nota la ricostruzione in chiave filo-concorrenziale che del divieto è stata offerta da una parte della dottrina [13], come pure è noto che la medesima operazione interpretativa è stata compiuta, più di recente, con l'art. 62 della legge L. 1/2012 in tema di rapporti commerciali lungo la filiera agro-alimentare [14]. Analogo sforzo è stato compiuto altresì per le norme a tutela del consumatore: quanto alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ci si è chiesti, tra l'altro, se

fosse disciplina dell'atto o dell'attività d'impresa [15]; si è fatto leva sulla nozione legislativa di "pratica", si è sostenuto altresì che l'intervento repressivo dell'Autorità ha un senso in tanto in quanto il comportamento risulti "socialmente apprezzabile" e in grado di incidere sul mercato[16]; quanto infine alla competenza di recente introdotta in tema di clausole vessatorie si è cercato di circoscrivere e valorizzare la funzionalità dell'intervento amministrativo rispetto alla tutela del mercato in generale [17].

La questione della *ratio* e del ruolo dell'AGCM si ripropone ora, in termini forse ancora più netti, con la nuova competenza in materia di diritti dei consumatori nei contratti, imponendo all'interprete una riflessione sia in ordine all'inquadramento sistematico delle norme sia in ordine alla loro compatibilità funzionale con la promozione delle dinamiche competitive perseguita dall'AGCM, sia infine ai presupposti dell'intervento amministrativo. Non si tratta di stabilire se la nuova competenza sia in sé opportuna e necessaria quanto se il sistema istituzionale che ne risulta presenti caratteristiche di razionalità ed efficacia.

In tale ottica, le maggiori difficoltà nascono dal fatto che, se si scorrono le nuove norme, il dato che colpisce - e che potrebbe apparire persino un paradosso - è che il buon funzionamento del mercato, la cui tutela è iscritta nel *nomen* e nel codice genetico dell'AGCM, sembra definitivamente sparire dall'orizzonte del suo giudizio.

Dal punto di vista testuale, non vi è alcun riferimento in esse che possa indurre ad accogliere una soluzione interpretativa per cui la violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, per poter essere colpita dall'Autorità, dovrebbe raggiungere la consistenza di un comportamento ripetuto e costante e neppure vi è un riferimento all'idoneità a falsare in modo rilevante il comportamento del "consumatore medio" o ad un impatto "rilevante" o "apprezzabile" o "non trascurabile". Sembra invece che le violazioni che il legislatore ha inteso colpire nascono e si sviluppano in un ambito esclusivamente contrattuale e solo in via indiretta si prestano ad incidere sulle dinamiche di mercato; l'ambito di riferimento cioè nel quale l'Autorità dovrebbe valutare le condotte è costituito dal singolo rapporto negoziale, mentre nessun riferimento impone di apprezzare lo stesso in relazione al complesso delle relazioni economiche del mercato di riferimento o all'impatto sullo stesso.

Se così fosse, sarebbe difficile negare che le nuove norme si prestano ad inaugurare un modello di tutela originale e fortemente innovativo con il quale - al di là di ogni giudizio che in merito voglia esprimersi - giungerebbe a compimento una lunga parabola legislativa: una parabola che, partendo dalla disciplina della pubblicità ingannevole, passando per quella delle pratiche commerciali scorrette e arrivando infine ai diritti dei consumatori nei contratti, perde definitivamente di vista l'obiettivo del buon funzionamento del mercato. Con la conseguenza che, in punto di tutela amministrativa, il punto di approdo sembrerebbe diventare quello della difesa incondizionata dei consumatori, difesa che invece incontrava sia nel caso della pubblicità ingannevole che in quello delle pratiche commerciali scorrette - entrambe

affidate alla competenza dell'Autorità - alcuni significativi limiti in termini di massima tutela [18].

Se teniamo conto di ciò, sembra di poter dire che, dal punto di vista sistematico, ci troviamo di fronte ad una disciplina che tende ad allontanarsi dal modello di un diritto delle imprese e del mercato, per avvicinarsi invece ad un modello di diritto privato dei consumatori. Il punto - è ovvio - meriterebbe ben più profonda trattazione; purtuttavia, il suo richiamo è già di per sé sufficiente a comprendere come esso ponga con forza all'interprete il problema del ruolo del *public enforcement* nella materia *de qua*.

Vale dunque la pena di spendere qualche momento di riflessione ulteriore sulla questione indicata, la corretta soluzione della quale risulta necessaria sia per dare un senso al quadro normativo introdotto sia per orientare l'Autorità nell'applicazione della disciplina

Occorre in particolare chiedersi se, nel delineare il possibile ruolo dell'AGCM, ci si debba fermare al dato testuale della norma (in virtù del quale l'Autorità sembrerebbe subire una vera e propria "mutazione genetica", trasformata in una sorta di pubblico tutore di interessi privati o, se si vuole, in un organo giudicante di un conflitto intersoggettivo) o non occorra ragionare invece a livello sistematico. Il dubbio ha una sua precisa ragion d'essere perché l'impostazione sopra indicata, sebbene risulti quella più immediata e aderente al testo della norma, presenta degli elementi di eccentricità rispetto a tutta una serie di indici che stridono con il modello della tutela individuale che sarebbe stato affidato all'Autorità: tra questi, rilevano i) l'obiettivo perseguito dalla direttiva; ii) la natura amministrativa dell'AGCM, iii) il suo potere di agire d'ufficio (senza impulso di parte o addirittura contro la volontà dell'interessato) , iv) la discrezionalità nel fissare le priorità d'intervento, v) il potere sanzionatorio, vi) la sovrapposizione con il giudice ordinario

Tutti questi indici verranno variamente ripresi e argomentati in seguito. Dirò subito però che, a mio avviso, sebbene il dato testuale non suffraghi la tesi, in realtà, leggendo le norme in chiave sistematica e dando adeguato valore agli indici sopra richiamati, è possibile offrire una lettura diversa da quella suggerita in prima battuta, e ricondurre il controllo amministrativo dell'AGCM alla cura di un interesse generale qualificato, più precisamente al diritto del mercato e della concorrenza.

### **3. Il *public enforcement*: ratio e portata innovativa**

Volendo delineare i tratti essenziali del *public enforcement*, va osservato preliminarmente che la c.d. direttiva *consumers rights* non vincolava il legislatore nazionale, ma consentiva agli Stati la scelta tra un sistema di applicazione affidato ad organi giurisdizionali ed un sistema affidato ad organi amministrativi; il nostro sistema ha scartato la via del giudice ordinario ed ha individuato l'organo competente all'applicazione delle nuove norme l'AGCM: scelta apparsa probabilmente in qualche modo obbligata, visto che da anni l'AGCM è ormai l'Istituzione responsabile della tutela del consumatore nell'ordinamento.

In tale quadro, la previsione fondamentale è contenuta all'art. 66, co. 2 del d. lgs. n. 21/2014, ai sensi del quale "*L'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni delle norme di cui alle sezioni da I a IV del presente Capo, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti*". Stabilisce inoltre, la stessa disposizione, al co. 3, che l'Autorità è chiamata ad esercitare la nuova competenza con poteri di accertamento, inibitori e sanzionatori *ex art. 27 del Cod cons. (commi 2-15)* : dunque, con gli stessi di quelli previsti in materia di pratiche commerciali scorrette.

L'individuazione dell'AGCM come autorità competente a sanzionare eventuali violazioni dei nuovi diritti dei consumatori è stata in generale accolta con favore, come già detto, perché troverebbe la sua *ratio* nella stretta connessione che la nuova competenza presenta con quella in tema di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie [19]: si tratterebbe, infatti, di una competenza orizzontale e non settoriale, che si sostanzia nell'applicazione di una disciplina posta a tutela dei consumatori e che - insieme alla norma che ripristina la competenza piena in tema di pratiche scorrette nei settori regolati - fa dell'Autorità un'autorità a tutto tondo nella tutela del consumatore. La norma esprimerebbe, dunque, la preferenza del legislatore per una tutela amministrativa in materia di carattere collettivo e successivo che va ad affiancarsi agli altri due pilastri su cui poggia oggi il sistema istituzionale del consumatore.

In verità, ad una lettura attenta e che vada oltre la mera constatazione di una comune finalità di protezione del consumatore, la disposizione richiamata sembra porre all'interprete diverse questioni interpretative, sia di vertice che di tenore applicativo, sulle quali vale la pena soffermarsi.

In particolare, la prima domanda chiave che il nuovo quadro solleva attiene alla *ratio* di tale competenza. Ci troviamo di fronte a una tutela amministrativa dell'efficienza del mercato o a un nuovo e ulteriore strumento a tutela dei diritti individuali dei consumatori? Come già rilevato, se ci si ferma al dato testuale, l'interesse generale del mercato non emerge da nessuna parte, sicché, da questo punto di vista, si potrebbe sostenere che il modello di tutela amministrativa voluto dal legislatore ha un obiettivo affatto diverso da quello tradizionale.

In realtà, sembra a chi scrive che, nel cercare di dare risposta ad un quesito foriero di possibili disarmonie nel sistema, da un dato non si possa prescindere, ovvero dalla stessa direttiva comunitaria oggetto di recepimento: assumendola come canone interpretativo di riferimento, si dischiudono infatti anche altri spazi, si aprono nuove prospettive rispetto alla lettura più immediata sopra riferita.

In tale ottica, è noto che la direttiva detta in materia di contratti a distanza norme di armonizzazione massima, vietando agli Stati membri non solo di adottare e/o conservare, per la materia, norme che pongano regole diverse (o meno severe di quelle formulate dalla direttiva) , ma anche di adottare e/o conservare norme che pongano regole più severe. Proprio questo divieto rende chiaro (ad onta delle dichiarazioni di principio) che l'obiettivo primario non è la tutela del consumatore: se così fosse stato, infatti, la direttiva

avrebbe dovuto consentire agli Stati regole più severe, cioè regole capaci di dare al consumatore una protezione maggiore. In realtà, l'obiettivo primario della direttiva è la creazione di una disciplina che sia identica per tutto il territorio comunitario. L'identità di regole dovrebbe dare infatti un contributo decisivo alle attività transfrontaliere delle imprese; solo in seconda battuta, dovrebbe garantire una tutela adeguata ai consumatori.

Questa lettura è confermata dall'articolo 1 della direttiva da cui emerge con chiarezza l'impostazione funzionale accolta [20]. Se così è, l'obiettivo ultimo perseguito è da individuare allora in quello di approntare un sistema di tutela che, pur essendo incentrato sulla protezione dei consumatori, è rivolto *in primis* alla protezione di interessi della collettività che trascendono quelli specifici delle parti del contratto, afferendo alla realizzazione, quanto meno in prima istanza, dell'obiettivo attribuito all'Unione Europea di provvedere all'instaurazione e al libero funzionamento del mercato interno, in cui la concorrenza non sia falsata.

Consegue da ciò che non è casuale la scelta di attribuire proprio all'AGCM - ovvero all'Istituzione pubblica incaricata di presidiare il corretto funzionamento del mercato - le competenze investigative e repressive in materia: la funzione di costruzione del mercato interno, che la direttiva assolve, proietta infatti la normativa *de qua* - oltre il campo di stretta applicazione dei presidi degli interessi del singolo consumatore - sul terreno dell'azione e delle finalità proprie dell'Autorità. Pare di poter dire cioè che l'obiettivo di *policy* perseguito dal legislatore interno non è stato tanto quello di approntare uno strumento ulteriore per la tutela degli interessi "individuali" dei consumatori (compito che rimane primariamente riservato all'autorità giudiziaria) quanto piuttosto quello di soddisfare *in primis* ed in via diretta l'interesse pubblico all'efficiente e corretto funzionamento dei mercati, attraverso la promozione di condizioni di correttezza e trasparenza informativa, a salvaguardia della libertà di scelta del consumatore.

Le implicazioni di tale lettura paiono almeno due: per esigenze di buon funzionamento della p.a., segnatamente di efficienza dell'azione repressiva, *"si impone di distinguere, in punto di enforcement, tra violazioni che incidono sul funzionamento del mercato in maniera tale da giustificare l'intervento di un'autorità nazionale con il suo apparato pubblicistico, e violazioni che una tale attitudine non hanno, e la cui sanzione può rimanere affidata all'azione privata davanti al giudice ordinario"* [21].

Prima ancora, se si condivide l'assunto che la *ratio* dell'intervento amministrativo è tutelare l'efficienza del mercato, allungando lo sguardo oltre il dato funzionale, si accede alla constatazione che questa dovrà giocoforza ispirare l'applicazione delle nuove norme da parte dell'AGCM. Emerge allora qui una delle questioni chiave sollevate dalla nuova disciplina: quale il contenuto degli illeciti che l'Autorità è chiamata a reprimere?

### 3.1. Il contenuto della nozione di “violazioni delle norme di cui alle Sezioni I-IV” e il rapporto con il divieto di pratiche commerciali scorrette

Gli illeciti che l’Autorità è competente ad accertare sono, ai sensi dell’art. 66, co. 2, “*Le violazioni delle norme di cui alle Sezioni I-IV*”. Il dilemma concerne, in particolare, la questione se per “violazioni” debba intendersi un “*comportamento, imputabile al professionista, ripetuto nel tempo oppure sia sufficiente, ai fini dell’applicazione della disciplina, anche un comportamento sporadico, al limite un singolo atto, di cui non possa escludersi (e non interessa comunque vagliare) il carattere di episodicità*” [22].

A chi scrive pare proprio che, se si scorrono le norme in questione, ci si trova di fronte a fattispecie che non prevedono, per il loro concretizzarsi, alcun requisito di sensibilità, diffusione o rilevanza. Neppure rileva l’idoneità ad alterare il comportamento economico del consumatore medio: si tratta in altri termini di violazioni che rilevano “per sé”, a prescindere dall’effetto in concreto e dalla loro abitualità e ripetizione nel tempo. Norme, dunque, caratterizzate da un approccio statico più che dinamico, le quali sembrerebbero aver di mira non tanto l’attività dell’imprenditore, ma i singoli atti in cui tale attività si scompone e si articola, con una prospettiva che differisce profondamente da quella cui è ispirata la disciplina delle pratiche commerciali scorrette [23].

E’ legittimo allora chiedersi, nuovamente, se un controllo amministrativo così disegnato non si presti a contrastare con la primaria funzione dell’AGCM, che resta quella di tutelare l’interesse generale alla fisionomia concorrenziale del mercato [24]. In altri termini, se non rileva l’alterazione del processo decisionale del consumatore medio e neppure, dunque, l’eventuale interferenza della violazione con la dinamica competitiva del mercato, quale è la ratio dell’intervento repressivo dell’AGCM? Quale l’interesse pubblico tutelato?

Emerge con chiarezza su tale terreno tutta la problematicità di un siffatto capillare controllo che le nuove norme sembrerebbero affidare all’Autorità. Come si supera tale discrasia? E come si recupera “l’aggancio” con l’interesse generale?

Una possibile strada potrebbe essere quella di riflettere meglio sul rapporto delle norme introdotte con le norme in tema di pratiche commerciali scorrette, chiedendosi in particolare se ci si trovi di fronte a due illeciti amministrativi distinti o ad un unico illecito. In altri termini, quando nell’art. 66, co. 2, il legislatore parla di “*violazioni delle norme di cui alle sezioni da I a IV*”, tali violazioni configurano un illecito amministrativo di per sé (e come tale, da sanzionarsi sempre) , ovvero il legislatore ha inteso dire che, in questa materia, rinvia *in toto* alle norme sulle pratiche commerciali scorrette? Ad oggi, la norma, complice una certa ambiguità del dettato normativo, si presta ad essere interpretata in astratto e potenzialmente, in entrambi i modi.

La differenza non è di poco conto: se si tratta di due illeciti, si rimane nel solco della tradizione: una cosa sono le pratiche commerciali scorrette, altra cosa è la violazione di singole previsioni: ad essere mutate, rispetto al

passato, sono la competenza e l'entità delle sanzioni irrogabili. E' questa la soluzione più spontanea ed aderente alla formulazione testuale della norma (il rinvio cioè riguarderebbe la sanzione) . Sulla base di questa lettura, la differenza non sarebbe, dunque, solo quantitativa tra ciò che è pratica commerciale scorretta e ciò che non lo è, ma anche di tipo qualitativo.

D'altra parte, si potrebbe interpretare la norma *de qua* anche nel senso che, affinché la violazione sia censurabile dall'Autorità, occorre che essa integri anche una pratica commerciale scorretta, della quale devono ricorrere tutti i presupposti, pena l'assenza di illecito amministrativo. Si tratta di una soluzione meno aderente al testo della norma, ma che avrebbe il pregio della semplicità e, soprattutto, della coerenza sistematica con l'attribuzione della relativa competenza applicativa all'Autorità. Si recupererebbe infatti, in questo modo, la prospettiva della rilevanza non della singola violazione, bensì della serie di atti o comportamenti omogenei [25]: si recupererebbe, in definitiva, il sindacato sul comportamento dell'impresa nelle sue relazioni con i consumatori, consentendo al mercato di ricomparire nell'orizzonte valutativo dell'Autorità.

Questa seconda interpretazione - va detto - è tutt'altro che pacifica.

Da un lato, bisogna ricordare infatti che la direttiva non obbligava il legislatore a introdurre sanzioni specifiche, ma solo rimedi adeguati: in quest'ottica, quindi, l'art. 66. co 3, del d. lgs. n. 21/2014 potrebbe aver rinviato alle pratiche commerciali scorrette solo per la sanzione. D'altra parte, però, va anche considerato un dato finora trascurato, ovvero che lo stesso decreto ha previsto anche una modifica della norma in tema di multiproprietà, nella quale la vecchia sanzione amministrativa è stata conservata come sanzione distinta [26]. In quest'ultimo caso, risulta molto più agevole per l'interprete sostenere l'autonomia dei due illeciti: essa è, per un certo verso, imposta dal dettato normativo. Diversamente, nel caso dell'art. 66 non c'è più la sanzione ad hoc, specifica per l'illecito in caso di contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali. Una possibile lettura della disposizione potrebbe essere allora: se il legislatore ha eliminato la sanzione prevista dalla normativa precedente, ciò vuol dire che la volontà era quella di far confluire tutto nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette. In quest'ottica, dunque, l'AGCM potrebbe sanzionare *ex art. 27* Cod. cons. solo se la violazione integra anche gli estremi di una pratica commerciale scorretta.

La scarsa chiarezza dell'art. 66 e la modifica della norma in tema di multiproprietà inducono a quest'ultima soluzione. Il difetto grave, secondo taluno, è che questa lettura lascerebbe sfornita di sanzione amministrativa tutta una serie di ipotesi che non hanno i caratteri di diffusione della pratica commerciale scorretta. A questo riguardo, però, è appena il caso di osservare che non si avrebbe alcun vuoto di tutela nell'ordinamento, posto che la violazione occasionale, pur sottraendosi all'intervento dell'AGCM, potrebbe sempre essere perseguita e sanzionata in sede di giurisdizione ordinaria.

Si tratta, in definitiva, di una questione di grande rilievo dalla cui soluzione dipende il raggio di intervento dell'Autorità e che potrà essere sciolta soltanto con le prime applicazioni in concreto.

Va sottolineato al riguardo che i primi commenti alla nuova norma sembrano propendere per una lettura distinta dei due illeciti amministrativi [27]. In quest'ottica, si sostiene che la valutazione di scorrettezza di una pratica commerciale richiederebbe sempre qualcosa "in più" rispetto alle ipotesi di violazioni introdotte dalla novella legislativa (il che significa che molti comportamenti pur integrando una violazione in materia di diritti dei consumatori non costituiscono pratiche commerciali scorrette). Inoltre, la disciplina delle pratiche coprirebbe qualcosa "in più" rispetto ai comportamenti coperti dalla novella legislativa. In altri termini, esistono molteplici comportamenti che, pur non violando la disciplina sui diritti dei consumatori, integrano pratiche commerciali scorrette. D'altra parte, seguendo tale lettura, non possono escludersi neppure casi di sovrapposizione tra i due ambiti normativi, con conseguente rischio di *bis in idem*. In questi casi, è ovvio che la nuova competenza dell'AGCM richiederebbe di essere raccordata con quella sulle pratiche commerciali scorrette al fine di evitare che il medesimo comportamento sia soggetto ad una duplice sanzione.

Ad avviso di chi scrive l'ipotesi di considerare la violazioni delle due discipline come unico illecito in sede di *public enforcement* meriterebbe di essere attentamente considerata perché in grado di offrire una lettura più coerente e armonizzata della nuova competenza con la missione pubblicistica dell'AGCM. Senza considerare che una siffatta interpretazione avrebbe anche il pregio di evitare i problemi di *bis in idem* rispetto alle condotte pluri-offensive, risolvendo a monte il problema del concorso di molteplici norme di divieto, e riducendo, almeno in parte, le preoccupazioni di quanti intravedono, per effetto della nuove norme, i rischi di un rafforzamento del ruolo "pretorio" dell'AGCM a scapito della sua missione tradizionale.

A sostegno della lettura proposta (e a testimonianza anche di una certa confusione che ha condizionato la redazione del testo normativo), vale la pena sottolineare, infine, che nella Relazione illustrativa si leggono una serie nutrita di richiami alle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori al fine di giustificare la scelta compiuta in punto di competenza amministrativa: chiaro segno che quello è il modello di tutela cui si è ispirato il legislatore interno, il cui obiettivo non era certo introdurre un nuovo originale strumento di *enforcement*, ma piuttosto quello di eliminare la pregressa competenza delle Camere di Commercio in materia (al fine di eliminare ogni sovrapposizione) e di attribuire la competenza applicativa all'AGCM, mantenendone però fermi i presupposti di intervento.

Non a caso, si ricorda con chiarezza, in apertura della citata Relazione, che l'AGCM "esercita già a legislazione vigente la vigilanza sul rispetto delle disposizioni di tutela del consumatore in materia di diritti dei consumatori nei contratti a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali in forza dell'art. 22, comma 5, del Codice del consumo" [28]; si aggiunge altresì che "Peraltro, in ragione del citato articolo 22, comma 5, del Codice del consumo, è opportuno che anche la violazione da parte del professionista di obblighi informativi non esplicitamente richiamati nell'Allegato II della

*Direttiva 2005/29/CE costituisca una pratica commerciale scorretta sanzionabile dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai sensi dell'articolo 27 del Codice". Da ultimo, si conclude "Pertanto, l'attribuzione all'Autorità dei poteri di accertamento e sanzione nelle materie disciplinate dalla direttiva 2011/83/UE risulta coerente con il diritto vigente e consentirebbe di accentrare in capo ad un'unica amministrazione il controllo degli obblighi informativi inerenti le pratiche commerciali tra imprese e consumatori con ricadute positive in termini di applicazione uniforme della legislazione, certezza del diritto per le imprese ed efficacia della tutela garantita ai consumatori".*

Si coglie con evidenza nelle affermazioni riportate tutto lo sforzo compiuto dal legislatore per ricostruire il tessuto connettivo tra le isole regolamentari della disciplina e per risolvere, ove possibile, le disarmonie normative, migliorando l'organicità e la coerenza della normativa interna. E' indubbio, tuttavia, che una più efficace messa a fuoco del rapporto tra i diversi *corpus* normativi avrebbe apprezzabilmente definito con maggiore chiarezza le strutture portanti dell'architettura amministrativa e favorito il coordinamento interno delle diverse disposizioni.

Ciò nondimeno, per le ragioni illustrate in precedenza, vi sono indizi sufficienti per ritenere che ci si trovi di fronte ad una formulazione infelice delle norme e che, anche in questa materia, elemento imprescindibile perché l'Autorità possa accertare e sanzionare l'illecito sia la sua attitudine ad alterare e influenzare in maniera apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio [29].

### **3.2. Autorità amministrativa e giudice ordinario**

Certamente, e *a fortiori* se si sostiene la tesi dei due illeciti amministrativi distinti, andrà attentamente analizzato il problema del rapporto tra l'autorità amministrativa e il giudice ordinario, posto che l'art. 66 del d. lgs. n. 21/2014 prevede un sistema binario di *enforcement* e che la nuova competenza dell'AGCM non fa venir meno - come è ovvio - la possibilità per i consumatori di agire direttamente davanti al giudice per la tutela delle proprie ragioni.

Non rientra tra le finalità del presente scritto affrontare le tante questioni che si aprono su tale versante. Al fine di evitare rischi di sovrapposizione, ci si limita qui ad osservare che l'attribuzione della nuova competenza all'autorità amministrativa risulta razionalmente giustificabile se l'intervento dell'Autorità viene concepito alla stregua di un intervento che ha di mira la protezione di interessi generali e/o collettivi senza trasmodare, e risolversi in uno strumento di soluzione di conflitti interindividuali. Funzione, questa, che - come noto - compete e dovrebbe restare al giudice ordinario.

Come autorevolmente osservato, il controllo sulle modalità con cui le imprese si rapportano ai consumatori ha senso che venga attribuita alla cognizione di un'autorità amministrativa, competente a salvaguardare interessi generali, solo se le condotte si presentino "socialmente apprezzabili" [30], se risultino cioè sufficientemente diffuse e/o possano

pregiudicare un qualche interesse generale.

Ciò che dovrebbe evitarsi è che l'intervento amministrativo sia concepito anziché come funzionale alla tutela di un interesse generale, come strumento di soluzione di conflitti intra-individuali, in una potenziale sovrapposizione con il ruolo del giudice ordinario: con l'Autorità obbligata a trasformarsi in una sorta di pubblico tutore di interessi privati ovvero in un organo sostanzialmente giudicante di un conflitto intersoggettivo - in luogo del giudice ordinario e anzi in una sorta di competizione con esso.

Su questo terreno, come visto, le nuove norme presentano una formulazione insoddisfacente, poiché non puntualizzano i presupposti dell'intervento dell'Autorità, ancorandolo al perseguimento di un chiaro interesse di portata generale e/o collettiva.

Un siffatto problema può essere, tuttavia, in parte superato, facendo leva sulla considerazione che, nell'ordinamento interno, solo per l'attività giurisdizionale la tutela su domanda di parte non può essere mai negata, mentre nel potere dell'Autorità di agire d'ufficio è racchiuso il potere di stabilire anche delle priorità d'intervento: ciò dovrebbe consentire ad essa di applicare le nuove norme fondamentalmente nell'interesse generale e di selezionare quindi le infrazioni da perseguire in funzione della loro rilevanza e del loro impatto sul mercato. In quest'ottica si muove, peraltro, il nuovo Regolamento sulle procedure istruttorie che attribuisce all'Autorità il potere di fissare delle priorità d'intervento ed anche un ampio potere di archiviazione [31].

Ne deriva che l'AGCM non dovrebbe mai attivarsi per la definizione di controversie meramente intersoggettive "*potendo e dovendo attivarsi (su denuncia o d'ufficio) per raggiungere risultati di interesse pubblico significativi per il buon funzionamento dei mercati*" [32].

### **3.3. Il rapporto con le altre autorità indipendenti: cenni**

Una delle maggiori novità introdotte dal d. lgs. 21/2014 è certamente la previsione in tema di competenza ad applicare la normativa in tema di pratiche commerciali scorrette. L'art. 67 del decreto introduce, infatti, un nuovo comma 1-*bis* all'art. 27, compiendo una scelta di chiarezza che dovrebbe contribuire a far superare, almeno in parte, le difficoltà insorte in passato. Non è il caso di ripercorrere qui una storia che viene di lontano. E' sufficiente ricordare che, a seguito delle note Adunanze plenarie del Consiglio di Stato del 2012, che avevano escluso l'applicazione del Codice del consumo per taluni settori regolati, si era venuta a creare una situazione di incertezza che aveva indotto la stessa Commissione Europea a sollecitare un intervento chiarificatore da parte delle autorità italiane [33].

La novella legislativa individua, diversamente dal passato, un criterio generale di ripartizione preventiva tra la competenza dell'AGCM e quella delle altre Autorità di settore, con la previsione di una fase consultiva (parere obbligatorio) che coinvolge l'autorità di regolazione settoriale in caso di avvio di un procedimento per pratiche commerciali scorrette. In particolare, viene stabilita la competenza dell'AGCM nell'ipotesi in cui il comportamento del

professionista, contrario alla regolazione di settore, costituisca una pratica commerciale scorretta, e la competenza residuale dell'Autorità di settore, la quale è chiamata ad accertare la violazione della regolazione di settore solo nell'ipotesi in cui il comportamento non costituisca una pratica commerciale scorretta [34].

Ne deriva che l'art. 27, co 1-*bis* configura i due interventi come alternativi [35], accordando prevalenza all'accertamento delle pratiche commerciali scorrette da parte dell'AGCM rispetto all'accertamento di violazioni settoriali da parte dell'Autorità di regolazione, in modo da garantire che un medesimo comportamento, pur integrando una doppia violazione, non riceva una doppia sanzione.

Anche in tema di diritti dei consumatori nei contratti, uno dei nodi più delicati, sulla scorta dell'esperienza maturata in tema di pratiche commerciali scorrette, attiene al rapporto con le autorità di settore. In proposito, va subito osservato che la questione non ha ragion d'essere per la materia dei servizi finanziari e dei trasporti, in quanto tali settori sono espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva. Si pone invece per l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e per l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il gas. Essa può essere affrontata, distinguendo, come ovvio, due livelli del problema, ovvero la disciplina sostanziale e la competenza.

Sul piano del diritto sostanziale, quale rapporto esiste tra le nuove regole e quelle speciali esistenti a livello regolamentare? La direttiva detta una regola identica a quella in tema di pratiche commerciali scorrette (art. 3, co. 2) . Tale regola, riprodotta all'art. 46, co. 2, stabilisce che *"In caso di conflitto tra le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo e una disposizione di un atto dell'Unione europea che disciplina settori specifici, quest'ultima e le relative norme nazionali di recepimento prevalgono e si applicano a tali settori specifici"*.

L'indicazione che può desumersi dalla previsione è che le nuove regole sui diritti dei consumatori sono regole generali e soccombono di fronte a regole speciali, ma a due condizioni: i) ci deve essere conflitto, cioè antinomia, contrasto insuperabile a livello interpretativo; ii) le regole speciali devono essere attuative di norme comunitarie. Dunque, in linea di principio, le norme emanate da autorità di settore prevalgono solo se attuative di precetti europei.

L'analisi è comunque delicata e, nonostante la formulazione della regola generale, richiede all'interprete di affrontare le questioni caso per caso, operando un confronto tra le singole disposizioni settoriali e le nuove disposizioni introdotte nel Codice del consumo. Se si rivolge l'attenzione alle direttive vigenti nei settori regolati, dei contrasti potrebbero darsi nel settore delle comunicazioni elettroniche, dell'energia e dell'agro-alimentare.

In particolare, nel settore delle comunicazioni elettroniche, l'AGCOM ha introdotto regole specifiche sulle modalità di conclusione dei contratti a distanza (e sui rimedi in caso di fornitura non richiesta) . Ci si riferisce alla delibera AGCOM n. 664/06/CONS del 23 novembre 2006 *"Regolamento recante disposizioni a tutela dell'utenza in materia di fornitura di servizi di comunicazione elettronica mediante contratti a distanza"*, la quale contiene

una serie di regole concernenti il tipo di info precontrattuali che il professionista è tenuto a veicolare al consumatore prima della conclusione di un contratto a distanza, le conseguenze sulle obbligazioni contrattuali in caso di fornitura non richiesta e l'esercizio del diritto di recesso. Il confronto delle previsioni contenute nel regolamento AGCOM con le disposizioni del Codice del consumo novellate fa emergere la sussistenza di molteplici disarmonie che riguardano non solo il contenuto delle informazioni che il professionista è obbligato a fornire nella fase precontrattuale e la disciplina del diritto di recesso, ma anche i requisiti di forma che il professionista è tenuto a rispettare nella conclusione del contratto e la disciplina della fornitura non richiesta [36].

Nel settore dell'energia, l'AEEG ha adottato la deliberazione 153/2012 del 19 aprile 2012 recante "*Adozione di misure preventive e ripristinatorie nei casi di contratti e attivazioni non richiesti di forniture di energia elettrica e/o di gas naturale*". Senza scendere troppo nei dettagli, deve osservarsi che anche in questo caso la regolamentazione contiene norme divergenti rispetto a quanto previsto dalla nuova normativa sia in tema di requisiti formali nei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali sia rispetto a quanto previsto in materia di fornitura non richiesta.

Nel settore agro-alimentare, infine, il recente regolamento comunitario sui prodotti alimentari contiene obblighi informativi che dovranno essere attentamente coordinati con le nuove norme.

Si può osservare, in definitiva, che se la modifica dell'art. 27 del Cod. cons. sulle competenze ha *prima facie* dato risposta al problema della competenza per le pratiche commerciali scorrette, sussiste invece ancora qualche incertezza in alcuni settori regolati per l'applicazione delle nuove norme sui diritti dei consumatori nei contratti.

#### **4. Osservazioni conclusive.**

L'esigenza che la rivoluzione digitale e le opportunità che ne derivano non si traducano in un ostacolo all'accesso a nuovi servizi per un'ampia categoria di consumatori è particolarmente avvertita dall'AGCM. La casistica degli ultimi anni ha evidenziato, non a caso, la necessità di ovviare alla complessità delle operazioni oggi richieste per numerose tipologie di acquisti *on line*, così come alla prassi sempre più diffusa di fornire una molteplicità di informazioni che spesso non costituisce quella necessaria per compiere scelte consapevoli [37]. Si tratta di problematiche che, stante la natura transnazionale di internet, non possono che essere affrontate a livello sovranazionale e a cui, perlomeno in parte, si è rimediato con il recepimento della direttiva.

Dall'analisi svolta emerge chiaramente che le norme di recepimento hanno tipizzato come illeciti consumeristici [38] talune condotte che almeno in parte la prassi applicativa dell'Autorità in materia di tutela del consumatore già da tempo aveva enucleato e sanzionato come pratiche commerciali scorrette: tra i casi più noti, si pensi alle forme di ingannevolezza per omissione (in materia di prezzi) , al filone delle attivazioni non richieste (o

non consapevoli) e a talune condotte in tema di recesso [39]. Ciò dimostra la continuità delle nuove norme sui diritti dei consumatori a quelle sulle pratiche commerciali scorrette e di conseguenza la funzionalità dell'attribuzione all'AGCM della competenza ad applicare entrambi i plessi normativi [40].

Per altro verso, è anche emerso che, con specifico riferimento alla *ratio* ed ai presupposti dell'intervento amministrativo, le nuove norme si prestano ad una duplice lettura: ove interpretate in modo letterale, potrebbero dar luogo ad esiti tutt'altro che soddisfacenti, prefigurando un'Autorità chiamata a perseguire anche violazioni di nessun rilievo dal punto di vista dell'interesse pubblico e con una portata circoscritta alla singola controversia, in potenziale concorrenza con il giudice. Di qui l'importanza di privilegiare un'interpretazione sistematica delle nuove norme che consenta di ricondurre la competenza riconosciuta in capo all'AGCM alla tutela di un interesse generale qualificato, al diritto della concorrenza e del mercato. Se riguardato in questi termini, si può concludere che il d. lgs. 21/2014 tutela un interesse pubblico assimilabile a quello già presidiato dall'Autorità nell'esercizio delle proprie attribuzioni istituzionali. Nella propria valutazione in ordine alla violazione contestata, l'Autorità avrà presumibilmente riguardo non solo all'impatto della stessa sugli interessi individuali direttamente incisi, ma anche alle sue ricadute dirette in termini di corretto funzionamento del mercato [41].

Nella possibilità, in definitiva, di sviluppare prassi applicative che coniughino la protezione del consumatore con la promozione dell'efficienza economica risiede il valore aggiunto che l'Autorità potrà fornire in questa materia. Un compito impegnativo, ma anche necessario per rafforzare la fiducia dei consumatori e sostenere così il pieno decollo dell'*e-commerce*.

---

Note:

[\*] Direttore Aggiunto, Direzione Studi e Analisi della Legislazione, AGCM. Le opinioni espresse non impegnano l'Istituzione di appartenenza. Il testo costituisce la rielaborazione della relazione presentata al Convegno "*E-Commerce. Diritti dei consumatori e nuova disciplina dei contratti a distanza*" organizzato da Unindustria Treviso e dall'Università degli Studi di Padova a Treviso il 12 settembre 2014.

[\*\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Decreto Legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 "*Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE*"

[2] Si veda per l'approfondimento delle novità introdotte dal provvedimento A.M. Gambino - G. Nava (a cura di) , *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d. lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014, nonché, per una sintetica panoramica, A. Argentati, *The main innovations of the Italian legislative*

*decree n. 21/2014 transposing the Directive 2011/83/EU on consumer rights*, in *Italian Antitrust Review*, 2014, 2.

[3] V. Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 11, 12, 13, 14, 15 con cui il Supremo Giudice amministrativo ha definito le modalità secondo cui le autorità e i giudici italiani sono tenuti ad applicare il criterio della *lex specialis* introdotto dalla direttiva 2005/29/CE in materia di pratiche commerciali scorrette

[4] G. Guizzi, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in Riv. Dir. Comm., 2010, I, 4, 1133.

[5] A. Genovese, *Ruolo dei divieti di pratiche commerciali scorrette e dei divieti antitrust nella protezione (diretta e indiretta della libertà di scelta) del consumatore*, in AIDA, 2008, 297-303; M. Siragusa - F. Caronna, *Le competenze in materia di diritto dei consumatori dell'Antitrust*, relazione al convegno «Il diritto dei consumatori nella crisi e le prospettive evolutive del sistema di tutela», del 29 gennaio 2010, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it); V. Minervini, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato quale autorità di tutela del consumatore: verso una nuova forma di regolazione dei mercati*, in Riv. dir. comm., 2010, 1141 ss.

[6] Per tutti, v. A. Mirone, *Verso la despecializzazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Prime riflessioni sul controllo delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 37-bis cod. cons.*, in AIDA, 2013, 296 ss.; V. Di Cataldo, *L'Autorità Garante della Concorrenza e del mercato a venti anni dalla sua istituzione. Appunti critici*, in *Concorrenza e Mercato*, 2010, 467 ss.

[7] Ancora G. Guizzi, *Il divieto di pratiche commerciali scorrette*, cit.

[8] Così S. Mezzacapo, *Illiceità delle clausole "abusive" (tra presidi di "giustizia negoziale" e tutela amministrativa del "mercato")*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, 115 ss.

[9] *Ibidem*.

[10] Si veda la riflessione di G. Ghidini-V. Falce, *La nuova disciplina sulle pratiche commerciali sleali. Profili di rilievo sistematico*, in E. A. Raffaelli (a cura di), *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, 2009, Milano, 361.

[11] Sul significato e le implicazioni del modello, v., da ultimo, M. Libertini, *Competition and social cohesion*, in *Italian Antitrust Review*, 2014, 1 (reperibile all'indirizzo [www.iar.agcm.it](http://www.iar.agcm.it)), nonché, dello stesso Autore, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Rivista Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, 3 (reperibile all'indirizzo [www.rivistaodc.eu](http://www.rivistaodc.eu))

[12] Così S. Mezzacapo, *Illiceità delle clausole "abusive" (tra presidi di "giustizia negoziale" e tutela amministrativa del "mercato")*, cit., 120.

[13] P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, 69 ss.

[14] Sia consentito rinviare a A. Argentati, *Il controllo del potere di mercato nella filiera agroalimentare tra efficienza ed equità*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2014, 2.

[15] G. Scognamiglio, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto o dell'attività?* in P. Barucci - C. Rabitti (a cura di), *20 anni di Antitrust*.

*L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 2010, II, 1221 ss.

[16] M. Libertini, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.* 2009, II, 884.

[17] S. Mezzacapo, *Illiceità delle clausole "abusive" (tra presidi di "giustizia negoziale" e tutela amministrativa del "mercato")*, cit., 142 ss.

[18] Così V. Meli, *Diligenza professionale, consumatore medio e regola de minimis nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, 1 ss. in V. Meli - P. Marano (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e assicurazioni*, Torino, 2011 il quale ricorda, tra l'altro, come l'applicazione della disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette incontra un limite di tipo quantitativo, posto che l'applicazione della disciplina è limitata alle pratiche il cui impatto sia "rilevante" o "apprezzabile" e non trascurabile. Quanto poi alla disciplina della pubblicità ingannevole - ricorda l'Autore - è altresì noto che essa tutelava "l'interesse del pubblico in generale, dei consumatori e di quanti svolgono in regime di concorrenza un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale nell'area del mercato comune (considerando 6 della direttiva)".

[19] S. Perugini, *Il recepimento della direttiva 2011/83/CE: prime riflessioni*, in *Giustiziacivile.com*, 21 maggio 2014, 13 ss.; Assonime, *Il recepimento dei diritti sui consumatori*, circolare n. 19 del 3 giugno 2014, 61.

[20] Dispone l'art. 1 che "La direttiva tramite il conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori, intende contribuire al corretto funzionamento del mercato interno mediante l'armonizzazione di taluni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di contratti conclusi tra consumatori e professionisti".

[21] Così A. Genovese, *L'enforcement e le tutele*, in A. Genovese (a cura di) *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008, 209 ss.

[22] Questo è esattamente l'interrogativo che G. Scognamiglio (*Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto o dell'attività*, cit.) si è posta a proposito di pratiche commerciali scorrette e che assume un rilievo ancor più cruciale, se possibile, nella disciplina *de qua*.

[23] V. ancora, per queste osservazioni, G. Scognamiglio, *Le pratiche commerciali scorrette: disciplina dell'atto o dell'attività* cit.

[24] Diventa, in altri termini, lecito chiedersi qual è il senso della devoluzione della nuova competenza all'AGCM? Quello di rafforzarne il ruolo di garanzia dei consumatori *uti singuli*? Se così fosse, una simile competenza avrebbe il solo effetto di potenziare il ruolo "pretorio" dell'AGCM "nei confronti del singolo consumatore coinvolto in uno specifico rapporto con un determinato professionista, non nei confronti del soggetto genericamente appartenente alla categoria di coloro che, nel mercato, si confrontano ed entrano in contatto con la categoria dei professionisti allo scopo di soddisfare i propri bisogni o i propri interessi nell'acquisto di certi beni e servizi" (così, ancora,

G. Scognamiglio, *cit.*, sia pure con riferimento alla materia delle pratiche commerciali scorrette.

[25] Così G. Scognamiglio, *Pratiche commerciali scorrette. Disciplina dell'atto o dell'attività?*, *cit.*

[26] Si tratta, segnatamente, della modifica apportata dall'art. 1, comma 4, del d. lgs. n. 21/2014 all'art. 81, comma 3, Cod. cons. relativo alle sanzioni applicabili in caso di violazioni delle disposizioni in materia di contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e scambio (Parte III, Titolo IV, Capo I del Cod. cons., artt. 69-89-bis). In particolare, tale norma modifica l'art. 81, comma 3 Cod. cons., sostituendo il riferimento in esso presente all'art. 62, co. 3, Cod. cons. con il riferimento all'art. 66 Cod. cons. e - tramite questo - all'art. 27: la conseguenza è che l'Autorità ha acquisito anche la competenza ad accertare e sanzionare le violazioni degli artt. 69-81-bis del Codice del consumo.

[27] S. Perugini, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, *cit.*, 18; Assonime, *Il recepimento dei diritti sui consumatori*, circolare n. 19 del 3 giugno 2014, 60-62.

[28] Ai sensi di tale articolo, sono considerati "rilevanti" ai fini della valutazione di ingannevolezza di una pratica commerciale tutti gli obblighi informativi previsti dal diritto comunitario in relazione alla commercializzazione di prodotti e servizi".

[29] G. De Cristofaro, *Sub art. 20*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2010, 144-145.

[30] M. Libertini, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi*, *cit.*, 881.

[31] Delibera AGCM 5 giugno 2014, n. 24955 recante "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, clausole vessatorie" reperibile all'indirizzo [www.agcm.it](http://www.agcm.it). In particolare, l'art. 5 (rubricato "Provvedimenti pre-istruttori") del citato Regolamento prevede che la fase preistruttoria può essere chiusa, tra l'altro, con un "non luogo a provvedere per sporadiche richieste di intervento relative a condotte isolate ovvero non rientranti tra le priorità di intervento dell'Autorità, in ragione degli obiettivi di razionalizzazione, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa. L'Autorità può individuare con apposito atto le priorità di intervento che intende perseguire".

[32] Così, sia pure con riferimento alle pratiche commerciali scorrette, A. Genovese, *L'enforcement e le tutele*, in A. Genovese (a cura di) *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, 231 ss.

[33] Per maggiori dettagli, si rinvia a A. Argentati, *La supervisione pubblica sui contratti dei risparmiatori*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, 495 ss.

[34] Per un'analisi critica della regola introdotta dal decreto, v. G. Nava, *Il legislatore interviene nuovamente sul riparto di competenze tra Agcom e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?* in [www.dimt.it](http://www.dimt.it) 2014, n.1

- [35] Così S. Perugini, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., 20. In senso più dubbioso, v. G. Pascali, *Le pratiche commerciali scorrette tornano ad AGCM...o forse no? Un primo imprevisto effetto della pubblicazione del D. Lgs. n. 21/2014*, in [www.dimt.it](http://www.dimt.it), 2014, n. 1.
- [36] Per maggiori dettagli si rinvia a S. Perugini, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., 20 ss.
- [37] AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2013*, Roma, 31 marzo 2014, 43
- [38] Così S. Perugini, *Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni*, cit., 17.
- [39] *Ibidem*.
- [40] *Ibidem*.
- [41] Su tale versante, occorrerà, dunque, un sapiente sforzo dell'Istituzione per "calibrare" al meglio i propri interventi avendo riguardo all'obiettivo del buon funzionamento del mercato ed evitando di frustare l'obiettivo ultimo della direttiva (agevolare l'attività transfrontaliera) : rinunciando cioè ad "imporre alle imprese oneri economici sproporzionati, in nome dell'obiettivo dell'eliminazione di ogni, sia pur piccola, eventualità di violazione": così V. Meli, "Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, cit.

***La tutela amministrativa dei consumatori alla luce del d.lgs. n. 21/2014***

**di**  
**Gilberto Nava**

**Abstract**

*The paper identifies the legal instruments available to the Italian competition Authority to ensure the safeguard foreseen by art 66 paragraphs 2-4 of the law 21/2014 that has implemented into the Italian legal framework the directive 2011/83/UE on Consumer Rights. The paper assesses the effectiveness of these provisions in ensuring the respect of the Directive and suggests some solutions de iure condendo for its implementation.*

Il contributo esamina gli strumenti a disposizione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ai fini della tutela amministrativa prevista dall'art. 66, commi 2-4 del D. Lgs. 21/2014 che ha recepito nell'ordinamento italiano la direttiva 2011/83/UE Consumer Rights valutandone l'adeguatezza e l'efficacia ad assicurare il rispetto delle disposizioni della Direttiva e avanzando alcune soluzioni applicative e proposte de iure condendo.

**Sommario:** 1. La Direttiva Consumer Rights e l'armonizzazione massima. 2. La tutela amministrativa e giurisdizionale. 3. Gli strumenti di tutela amministrativa. 4. Gli impatti del public enforcement nella prospettiva dei professionisti. 5. La necessità di un nuovo public enforcement. 6. Conclusioni

**1. La Direttiva Consumer Rights e l'armonizzazione massima.**

La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, che abroga la direttiva 85/577/CEE e la direttiva 97/7/CE, è stata recepita nell'ordinamento italiano con il D. Lgs. 21/2014, che è entrato in vigore, in alcune parti il 26 marzo e nella sua interezza, il 14 giugno 2014[1].

I considerando della direttiva Consumer Rights chiaramente indicano che il perseguimento dell'obiettivo di un effettivo mercato interno, nel quale siano assicurati la libera circolazione delle merci (art. 28 TFUE) , la libertà di prestazione dei servizi (art. 56-62 TFUE) insieme alla libertà di stabilimento (artt. 49-55 TFUE) , presuppone che siano armonizzati gli aspetti rilevanti dei contratti a distanza conclusi dai consumatori e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali allo scopo di aumentare la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Infatti l'armonizzazione rappresenta un presupposto necessario per eliminare gli ostacoli che derivano dalla frammentazione delle norme e delle sue applicazioni che, da un lato, non garantiscono un elevato livello di tutela dei consumatori in tutta l'Unione, dall'altro rappresentano per tutti gli attori del mercato un significativo ostacolo per lo sviluppo potenziale delle vendite a distanza transfrontaliere.

Perciò, al fine di rendere più uniforme la tutela dei consumatori nei 28 Stati membri e "promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori", con la direttiva 2011/83/UE è stato adottato un approccio di armonizzazione massima per la maggior parte delle disposizioni, diversamente da quanto previsto dalle precedenti direttive 85/577/CEE e 97/7/CE che prevedevano un approccio di armonizzazione minima.

Il considerando n. 4 della direttiva 2011/83/UE spiega infatti che "l'armonizzazione di taluni aspetti dei contratti a distanza conclusi dai consumatori e dei contratti da essi negoziati fuori dei locali commerciali è necessaria per promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori, che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese". È importante ricordare che la Direttiva Consumer Rights, quanto al livello di armonizzazione previsto, stabilisce che, salvo che la stessa direttiva disponga altrimenti (come ad esempio per i requisiti linguistici dell'art. 6, comma 7 e per i contratti conclusi al telefono all'art. 8, comma 6), gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla direttiva, incluse eventuali disposizioni (più o meno severe della disciplina comunitaria) per garantire al consumatore un livello di tutela diverso.

La Corte di Giustizia Europea ha chiarito in più occasioni quali siano le implicazioni dell'adozione di una direttiva di armonizzazione massima o completa, in particolare con riferimento alla materia delle pratiche commerciali sleali (o scorrette) disciplinate dalla Direttiva 2005/29/CE. Nella pronuncia del 14 gennaio 2010, causa C-304/08[2], la Corte ha statuito che la Direttiva n. 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali, in quanto direttiva di armonizzazione completa, osta ad una normativa nazionale che prevede un divieto in via di principio, a prescindere dalle circostanze della singola fattispecie, delle pratiche commerciali che subordinano la partecipazione dei consumatori ad un concorso o gioco a premi all'acquisto di una merce o di un servizio. La Direttiva in esame, infatti, prevede un elenco tassativo, non modificabile né in *peius* né in *melius* dagli Stati Membri, di pratiche che devono considerarsi senz'altro sleali, ai sensi dell'Allegato I della Direttiva medesima. Sullo stesso tema si è ulteriormente pronunciata la CGE nel novembre 2010 nella causa C-540/08 in merito alla compatibilità con la Direttiva 2005/29/CE della normativa della Repubblica austriaca che vieta l'attribuzione di premi abbinata all'acquisto di periodici ribadendo che il divieto di comunicare o assegnare premi in abbinamento all'acquisto di periodici è comunque incompatibile con la citata direttiva anche se persegue prioritariamente obiettivi diversi dalla tutela degli interessi dei consumatori e, nel caso di specie, in particolare la tutela del pluralismo dell'informazione e la tutela dei concorrenti deboli [3]. Il medesimo ragionamento è stato seguito dalla Corte con la sentenza adottata il 23 aprile 2009 nei procedimenti riuniti C-261/07 e C-299/07 [4]. La Corte ha stabilito che la Direttiva n. 2005/29/CE in tema di pratiche commerciali sleali, in quanto direttiva di armonizzazione completa, osta ad una normativa nazionale che prevede, salvo talune eccezioni e senza tener conto delle circostanze specifiche del caso di specie, il divieto assoluto di offerte congiunte del

venditore al consumatore. Nel caso di specie, era stata richiesta alla CGE una pronuncia pregiudiziale su una legge belga che vietava *sic et simpliciter* (salvo eccezioni) le vendite congiunte, i.e. l'acquisto, a titolo oneroso o gratuito, di prodotti, di servizi, di qualsiasi altro vantaggio, o di titoli che consentano di conseguire gli stessi, abbinato all'acquisto di altri prodotti o servizi, anche se identici. Da ultimo la CGE si è pronunciata con un'ordinanza, in quanto la questione pregiudiziale poteva già essere risolta facendo riferimento alla giurisprudenza, relativa alla compatibilità di una normativa belga che vietava annunci di riduzione dei prezzi nel periodo antecedente ai saldi (causa C-288/10) [5]. In sintesi, la CGE ha ritenuto che la direttiva 2005/29/CE impedisca alla normativa degli Stati membri di vietare gli annunci di riduzioni di prezzi nei periodi antecedenti ai saldi, nei limiti in cui la normativa in questione si ponga anche delle finalità indirizzate alla tutela dei consumatori poiché l'elenco delle pratiche scorrette di per sé è tassativamente individuato nell'allegato I alla Direttiva.

A tale riguardo è stato osservato in modo condivisibile che anche le direttive di armonizzazione massima, sebbene in misura inferiore a quelle di armonizzazione minima, presentano il problema, in un'ottica di uniformità dei principi giuridici, consistente nel lasciare alla competenza dei legislatori nazionali la scelta dei rimedi in generale per il caso di violazione delle regole di cui alle direttive stesse, senza riuscire ad impedire appieno così quella frammentazione dipendente dall'applicazione delle diverse discipline nazionali in riferimento ad aspetti essenziali dei fenomeni regolati nel loro profilo sostanziale dal diritto comunitario [6]. Appare perciò importante, ed è l'oggetto di questo contributo, valutare gli strumenti di tutela amministrativa, anche nel confronto con i paralleli strumenti della giurisdizione civile, approfondirne eventuali limiti e verificare se sia possibile, a regime vigente, rispondere agli obiettivi della Direttiva Consumer Rights di approntare "mezzi adeguati ed efficaci" per garantirne il rispetto oppure se sia necessario un intervento legislativo e di quale portata.

Proprio le eccezioni al principio di armonizzazione massima rappresentano, ad avviso di chi scrive, la "cartina di tornasole" per valutare l'efficacia della tutela amministrativa ed in particolare per ponderare gli strumenti attualmente previsti dall'art. 66, commi 2-4 del D. Lgs. 21/2014. In altri termini le eccezioni sono rilevanti per valutare se nell'ambito della tutela amministrativa sia assicurato non soltanto il rispetto dell'art. 24 della Direttiva Consumer Rights che impone l'adozione di un apparato sanzionatorio che sia effettivo, proporzionale e dissuasivo, ma anche dell'art. 23 che prevede che gli Stati membri rendano effettivi ("garantiscano") che "esistano mezzi adeguati ed efficaci per assicurare il rispetto delle disposizioni della presente direttiva." Il legislatore comunitario chiaramente identifica un precetto generale, ossia che sia assicurato il rispetto della direttiva, che poi viene declinato attraverso lo strumento di sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive", ma anche mediante l'adozione di modalità informative a beneficio dei consumatori così come dei professionisti nonché con l'incoraggiamento a diffondere informazioni riguardanti i codici di condotta. La previsione perciò appare caratterizzata da un approccio

teleologico e non impone modalità applicative cogenti, bensì il perseguimento dell'obiettivo di assicurare il rispetto della Direttiva con tutti gli strumenti "adeguati ed efficaci" che l'ordinamento di ciascuno Stato membro valuta come legittimi e proporzionali, secondo quanto previsto dal Regolamento CE n. 2006/2004 [7]. Il presente contributo non approfondisce l'analisi dell'appropriatezza in termini di sistema e delle possibili criticità in termini di complessivi obiettivi di interesse pubblico dell'attribuzione legislativa ad AGCM della competenza a garantire il *public enforcement* delle previsioni della Direttiva 2001/83/UE [8], ma quali siano gli strumenti di tutela predisposti dal legislatore nazionale, come siano stati finora applicati da AGCM nel garantire il rispetto delle pratiche commerciali sleali, e come possano essere adottati mezzi ancora più "adeguati ed efficaci per assicurare il rispetto" della citata Direttiva Consumer Rights e criteri di intervento meno discrezionali, anche in una prospettiva de iure condendo.

Tornando alle eccezioni al principio di armonizzazione massima, la Direttiva ha previsto all'art. 8, comma 6 che: *"Quando un contratto a distanza deve essere concluso per telefono, gli Stati membri possono prevedere che il professionista debba confermare l'offerta al consumatore, il quale è vincolato solo dopo aver accettato l'offerta o dopo averla accettata per iscritto. Gli Stati membri possono anche prevedere che dette conferme debbano essere effettuate su un mezzo durevole."* Lo Stato Italiano, a seguito dei pareri obbligatori adottati dalle competenti Commissioni parlamentari, ha deciso di usufruire di tale opzione introducendo l'obbligo di conferma del comma 6 eliminando, con una formulazione di compromesso tra le opposte esigenze operative dei professionisti e di una maggiore tutela dei consumatori che desta non pochi problemi applicativi, la possibilità che sia possibile concludere un contratto con una semplice comunicazione telefonica [9]. La finalità della norma e dell'aggravio posto in capo ai professionisti dovrebbe essere quello di assicurare al consumatore la possibilità di godere di un lasso di tempo e una base informativa maggiore che possa essere sufficiente ad adottare una decisione consapevole. [10]

## **2. La tutela amministrativa e giurisdizionale.**

La Direttiva Consumer Rights prevede che, in termini procedurali, sia possibile adire i tribunali oppure organismi amministrativi per far rispettare le disposizioni delle normative nazionali di recepimento della Direttiva, nonché che siano adottati dagli Stati membri degli strumenti adeguati ed efficaci per dare attuazione alle disposizioni contenute nella Direttiva [11]. E' inoltre previsto che siano riconosciuti come titolari di un autonomo interesse ad agire in giudizio oppure ad attivarsi dinanzi agli organi amministrativi competenti, oltre ai consumatori, anche gli enti pubblici, le organizzazioni di consumatori aventi un legittimo interesse a tutelare i consumatori nonché le associazioni di categoria, presumibilmente titolari di interesse legittimo a tutelare i professionisti. È infine previsto che la Direttiva non possa pregiudicare l'applicazione della legislazione nazionale relativa alla disciplina

generale dei contratti, ad esempio riguardante la conclusione o la validità di un contratto, che non sia espressamente definita nella Direttiva.

I criteri di recepimento della Direttiva sono dettati dalla L. 24 dicembre 2012, n. 234, ed in particolare dall'art. 31, che disciplina le procedure per l'esercizio delle deleghe legislative conferite al Governo con la legge di delegazione europea e dall'art. 32, che definisce i principi e i criteri generali di delega.

Esaminiamo quindi sinteticamente come, in sede di recepimento, il legislatore italiano abbia attuato i principi e gli obblighi della Direttiva.

Allo scopo di garantire il rispetto delle disposizioni introdotte dal D. Lgs 21/2014 nel Codice del Consumo nelle Sezioni da I a IV del Capo I, Titolo III, Parte III da parte degli operatori, trovano applicazione le disposizioni degli articoli 27 ("*Tutela amministrativa e giurisdizionale*") [12], 139 ("*Accesso alla giustizia*") [13], 140 ("*Procedura*") [14], 140-bis ("*Azioni di classe*") [15], 141 ("*Composizione extragiudiziale delle controversie*") [16] e 144 ("*Aggiornamenti*") del medesimo Codice del Consumo.

In particolare per quanto riguarda i poteri di *public enforcement* l'AGCM, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, provvede all'accertamento delle violazioni delle citate norme della Direttiva introdotte nel Codice del Consumo dal D. Lgs 21/2014, ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti [17]. In materia di accertamento e sanzione delle violazioni, si applica l'articolo 27, commi da 2 a 15, del Codice del Consumo [17]. Anche nelle citate materie, così come nelle materie disciplinate dalla Direttiva 2005/29/CE ai sensi dell'art. 27 comma 1 Cod. Cons., l'AGCM svolge le funzioni di autorità competente ai sensi dell'articolo 3, lettera c), del citato regolamento (CE) n. 2006/2004.

E' comunque fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dei principi dell'art. 24 Cost. [18], dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [19] e del considerando 56 della Direttiva.

E' altresì fatta salva la possibilità di promuovere la risoluzione extragiudiziale delle controversie inerenti al rapporto di consumo, nelle citate materie sui diritti dei consumatori, presso gli organi costituiti dalle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura ai sensi dell'articolo 2, comma 4, della legge 29 dicembre 1993, n. 580 [20].

Sono state infine abolite le competenze previgenti dell'art. 62 Cod. Cons. che prevedevano poteri di accertamento e sanzione in capo alla polizia giudiziaria ed alle Camere di Commercio in materia di contratti a distanza e contratti negoziati fuori dai locali commerciali. In tal modo si è evitato di duplicare una tutela pubblicistica già assicurata dall'AGCM e, conseguentemente, di rischiare potenzialmente l'adozione di provvedimenti divergenti rispetto a fattispecie analoghe in virtù di competenze potenzialmente sovrapposte.

A seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 21/2014 l'AGCM ha modificato, con delibera 5 giugno 2014, n. 24955, il "*Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, clausole vessatorie*", limitandosi, peraltro, ad estendere ai procedimenti

aventi ad oggetto i diritti dei consumatori nei contratti di consumo le disposizioni relative alle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa e di pratiche commerciali scorrette, in quanto applicabili (art.20 bis) .

La motivazione dell'attribuzione all'AGCM anche delle competenze relative alla tutela amministrativa delle disposizioni introdotte dal D.Lgs. 21/2014 risiede nell'opportunità di concentrare in un'unica amministrazione, già competente ad accertare e sanzionare le violazioni della Direttiva 2005/29/CE, gli obblighi informativi relativi alle pratiche commerciali che intercorrono tra professionisti e consumatori sfruttando le economie di conoscenza maturate nell'attività procedimentale relativa alle pratiche commerciali sleali e assicurando una applicazione uniforme della complessiva legislazione generale a tutela dei consumatori. Inoltre numerose norme del Codice del Consumo qualificano i comportamenti dei professionisti - quali la violazione degli obblighi informativi, l'adozione di meccanismi di opt-out nella vendita di beni e servizi accessori, la mancata comunicazione dell'esistenza del diritto di recesso oppure gli ostacoli, qualificabili come onerosi o sproporzionati, all'esercizio di diritti contrattuali come il diritto di recesso nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali - come pratiche commerciali scorrette sanzionabili dalla stessa AGCM ai sensi del Codice del Consumo [21].

Sebbene sia stato autorevolmente evidenziato che vi sia una crescente complementarità tra *private* e *public enforcement* i quali, sebbene siano caratterizzati da una diversità di obiettivi, l'uno indirizzato a tutelare gli interessi individuali, l'altro la correttezza del mercato, avrebbero lo scopo comune di convergere verso un "unico strumento di *enforcement* a sostegno della disciplina sostanziale" [22], ad avviso di chi scrive il legislatore comunitario ha previsto un meccanismo a "doppio binario" con la finalità di garantire l'armonizzazione massima che soltanto formalmente assicura la duplice possibilità di tutela, in sede giudiziaria e in sede amministrativa.

Molteplici elementi, sia in termini di sistema che di effetti, inducono a ritenere che anche la direttiva 2011/83/UE si ponga, in un quadro di "europeizzazione" del diritto contrattuale, l'obiettivo di una sostanziale "disintermediazione" del giudice naturale nonché degli strumenti e degli apparati concettuali tipici del contenzioso civilistico.

Infatti, poiché l'intervento del giudice naturale, in quanto radicato nella propria cultura giuridica, implica una applicazione della norma che non assicura una omogeneità di interpretazione delle norme, il legislatore comunitario ha innanzitutto inteso limitare le possibilità interpretative definendo univocamente gli effetti contrattuali dei comportamenti dei professionisti e affiancando alle norme astratte un set di modelli e di formulari che, sebbene sovente abbiano natura non vincolante, rappresentano una insuperabile invasione di campo in quanto stabiliscono *ex lege* dei limiti "artificiali" al naturale esprimersi delle volontà dei soggetti giuridici. La definizione *ex lege* dei vincoli di forma che introducono dei limiti all'attività negoziale dei soggetti ha evidenziato l'emergere di un

neoformalismo negoziale di matrice europea che fortemente si discosta dall'approccio privatistico e negoziale vigente nel mondo globalizzato[23]. Inoltre, in termini di effetti, l'azione del giudice appare depotenziata di effetti poiché, al netto degli effetti sul contratto determinati dal legislatore comunitario e della prova privilegiata derivante dal *public enforcement* (vedi di seguito) , il giudice naturale potrà limitarsi a identificare il nesso causale a fini risarcitori. Perciò nell'ambito delle controversie tra professionisti e singoli consumatori non ha un effettivo potere di incidere nel rapporto asimmetrico consumatore/professionista poiché la sentenza ha efficacia nel singolo caso giudicato, di norma non ha riflessi mediatici rilevanti e potenzialmente impattanti sul complessivo comportamento commerciale (poiché risulterebbe sproporzionatamente oneroso per i consumatori perseguire i comportamenti dei professionisti anche in presenza di giurisprudenza favorevole) o sul profilo reputazionale del professionista. Infine nel contenzioso civile, qualora una possibile sentenza negativa possa essere rilevante commercialmente o come mero precedente, il professionista ha la possibilità di cercare una transazione con il singolo consumatore e con ciò, diversamente dall'*enforcement* pubblicistico, far cessare la materia del contendere.

Anche da un punto di vista sostanziale il ruolo del giudice appare limitato dall'eventuale esercizio del potere di *enforcement* pubblico ad opera di AGCM che viene qualificato come "prova privilegiata" la cui disapplicazione deve dare luogo ad una adeguata motivazione contraria. In questo senso sia la giurisprudenza che la dottrina prevalente sono univoche nell'indicare la necessità di coerenza (*rectius* certezza) ed efficienza dell'esercizio dei diversi poteri pubblici nonché dell'effettività della tutela e garanzia di deterrenza, che, sotto il profilo contrattuale o dell'*enforcement* degli interessi pubblici tutelati, applicano le medesime norme sostanziali a tutela dei consumatori. Con riferimento a un provvedimento per pratiche commerciali scorrette il Tribunale di Milano ha riconosciuto come sia "da condividere sul punto l'indicazione della Corte di Cassazione secondo cui l'autorevolezza dell'organo da cui promana e gli ampi poteri di indagine di cui l'Autorità Garante è dotata (svolgendosi inoltre gli accertamenti con il pieno contraddittorio del soggetto interessato) inducono ad attribuire ai provvedimenti emessi dalla stessa il valore di "prova privilegiata" del comportamento e della sua illegittimità (in tal senso Cass. sent. n. 3640 del 13 febbraio 2009, caso Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro/Inaz Paghe s.r.l.; conf. Cass. n. 5941/2011 e n. 5942/2011) " [24]. Le più recenti pronunce della Cassazione hanno anche chiarito come gli accertamenti resi dall'AGCM non possano essere rimessi in discussione sulla base delle stesse argomentazioni già rigettate dalla stessa AGCM: "[gli atti di un procedimento dell'AGCM] costituiscono una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di sussistenza della violazione [...] in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede" [25]. Anche la dottrina ampiamente prevalente è conforme alla citata

giurisprudenza., con specifico riguardo all'efficacia dei provvedimenti in materia di pratiche commerciali scorrette, affermando che “i provvedimenti dell'AGCM, nelle materie di sua competenza, contengano una qualificazione di fatti privati di cui il giudice deve tenere conto — salvo disapplicazione adeguatamente motivata, a tutela di diritti soggettivi lesi — per un'esigenza sistematica di coerenza delle manifestazioni del potere statale”. [26].

Alla luce di questa sintetica, ma auspicabilmente esaustiva analisi di quali siano gli effetti concreti dell'applicazione del “doppio binario” della tutela giudiziaria ed amministrativa delle norme del Codice del Consumo, appare rilevante valutare cosa prevede la Direttiva *Consumer Rights* in termini di tutela e quali siano gli strumenti effettivamente disponibili in termini di tutela amministrativa ai sensi del Codice del Consumo.

### 3. Gli strumenti di tutela amministrativa.

Esaminiamo quindi gli strumenti previsti dal Codice del Consumo e dal Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, clausole vessatorie adottato con delibera AGCM 5 giugno 2014, n. 24955 (“Regolamento Procedure”) nella prospettiva di valutarne gli effetti sui mercati rilevanti in termini di soluzioni efficienti, concrete, stabili e proporzionate, anche alla luce della prospettiva della scala di priorità che abbiamo ipotizzato possano avere i professionisti nel dare attuazione agli strumenti di public *enforcement* (vedi paragrafo 5) .

a) All'art. 4 comma 5 del Regolamento Procedure è stato introdotto uno strumento che, nelle condivisibili intenzioni dell'AGCM, potrebbe rappresentare in via embrionale uno strumento di indirizzo del mercato, ossia la c.d. *moral suasion*. Lo strumento presenta numerose problematiche sistematiche ed operative: innanzitutto la sua collocazione desta perplessità poiché rientrerebbe logicamente nei provvedimenti pre-istruttori del successivo art. 5, dove viene effettuata un'analisi sostanziale della fattispecie che si presume violare il Codice del Consumo piuttosto che nel precedente art. 4 che disciplina le modalità di presentazione dell'istanza di intervento. Inoltre la formulazione dei requisiti per l'esercizio da parte del responsabile del procedimento della *moral suasion* (“ad eccezione dei casi di particolare gravità, qualora sussistano fondati motivi tali da ritenere che il messaggio o la pratica commerciale costituisca una pubblicità ingannevole, una pubblicità comparativa illecita o una pratica commerciale scorretta”) si discosta solo parzialmente dai presupposti che impediscono al professionista di presentare impegni ai sensi dell'art. 27, comma 7 CC (“Ad eccezione dei casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale”) . Perciò, sulla base delle osservazioni del giudice amministrativo in materia di impegni, se “in sostanza, il legislatore nazionale ha introdotto un meccanismo di definizione semplificata tendenzialmente operante per le pratiche commerciali scorrette di minore entità (potrebbe dirsi con assonanza penalistica bagatellari) fondato sulla formulazione di impegni da parte del

professionista che risultino compiutamente idonei” [27], dobbiamo concludere che la *moral suasion* può essere applicata per comportamenti davvero marginali in termini di gravità e di impatto sui consumatori, diremmo “sub-bagatellari”, e quindi la sua efficacia per indirizzare i professionisti nell’applicazione del D. Lgs. 21/2014 risulti pressoché irrilevante. Inoltre le diverse e non del tutto rigorose formulazioni adottate nel Regolamento Procedure dall’art. 4 comma 5 per la *moral suasion* e dall’art. 9 per il rigetto degli impegni attribuiscono all’AGCM una ampia discrezionalità che non consente di avere la certezza del perimetro delle fattispecie per le quali AGCM vorrà utilizzare la *moral suasion*. Infine il Regolamento Procedure non prevede all’art. 18 che l’attività di *moral suasion* che sia andata a buon fine possa implicare la pubblicazione, da un lato poiché presuppone l’adozione di un provvedimento che accerti l’ingannevolezza della pubblicità o la scorrettezza della pratica commerciale oppure l’accoglimento di impegni che nella fattispecie concreta non viene adottato, dall’altro poiché la pubblicazione di una comunicazione relativa ad una attività di *moral suasion* avrebbe natura afflittiva sotto il profilo reputazionale e perciò sarebbe concettualmente contraria alle finalità della *moral suasion*. Perciò anche lo strumento della *moral suasion*, in quanto limitato nel perimetro di applicazione e indirizzato al solo professionista, non appare rispondente alle finalità di ricerca di soluzioni applicative sopra indicate [28].

b) L’art. 27, comma 7 del Codice del Consumo prevede che l’AGCM possa ottenere dal professionista l’assunzione di impegni finalizzati a porre fine all’infrazione oggetto del procedimento cessandone la diffusione o modificandone le modalità in modo da eliminare i profili di illegittimità. Una volta che gli impegni proposti siano valutati dall’AGCM come idonei a porre fine all’infrazione, vengono resi obbligatori per il professionista e il procedimento viene definito senza procedere all’accertamento dell’infrazione. Condizione preliminare per la valutazione dell’idoneità degli impegni è la non manifesta scorrettezza e la non gravità della pratica commerciale oggetto del procedimento. Non è questa la sede per ripercorrere la copiosa dottrina in merito alla natura e alle condizioni di applicabilità di questa disciplina, nonché l’articolata giurisprudenza dell’AGCM in merito, ma soltanto per evidenziare che, ad avviso di chi scrive, pecca di astrattezza chi afferma che le specifiche modalità applicative proposte dal professionista in qualità di impegni possano rappresentare un modello per la risoluzione di fattispecie dubbie poiché ciascuna realtà imprenditoriale, in particolare le società più rilevanti nel mercato, propongono soluzioni del comportamento illegittimo riscontrato che si attagliano alle proprie esigenze operative, ai propri sistemi informatici e gestionali, al contenimento dei costi aggiuntivi oppure all’implementazione dell’impegno nell’ambito di una evoluzione del proprio sistema commerciale già pianificato. In altri termini, così come il procedimento sanzionatorio per sua natura si focalizza nel censurare il caso specifico, allo stesso modo gli impegni presentati e ritenuti idonei, sotto l’ombrello dell’obiettivo dell’AGCM della cura dell’interesse pubblico tutelato, applicheranno la soluzione più

flessibile e adeguata rispetto al caso specifico del professionista coinvolto con il rischio che la soluzione possa in realtà avere effetti discriminatori nei confronti degli altri attori del mercato oppure sottoporli ad oneri sproporzionati qualora volessero adeguarsi alla modalità applicativa ritenuta idonea con gli impegni. In altri termini l'accettazione degli impegni da parte di AGCM sovente non rappresenta la migliore soluzione per il mercato nel suo complesso, ma sicuramente la soluzione più opportuna per il professionista coinvolto.

c) L'art. 27 comma 3 CC, poi disciplinato dal Regolamento Procedure all'art. 8, prevede la possibilità per l'Autorità di sospendere la pratica commerciale scorretta in casi di particolare urgenza, e, addirittura, inaudita altera parte, qualora ricorrano "particolari esigenze di indifferibilità dell'intervento." [29]. L'effetto dell'adozione di un provvedimento cautelare nel mercato rilevante si limita a rafforzare l'azione inibitoria del procedimento anticipandone gli effetti. L'adozione del provvedimento cautelare ha anche l'effetto di evidenziare agli altri professionisti presenti nel mercato la gravità di alcune pratiche commerciali scorrette e quindi l'urgenza manifestata da AGCM di sospenderne gli effetti, ma non tempera gli effetti discriminatori per il professionista che sta subendo la sospensione cautelare, qualora tali comportamenti siano prassi di mercato. In ogni caso la sospensione cautelare identifica prioritariamente come non deve essere attuata una norma del Codice del Consumo ma, soprattutto per la disciplina di più complessa attuazione o di più recente emanazione come il D. Lgs. 21/2014, occorre attendere la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio, a distanza di mesi dall'adozione del provvedimento cautelare, per avere indicazioni su quali siano i profili applicativi ritenuti scorretti.

d) La necessità di superare gli stretti limiti posti dal regime sanzionatorio emerge anche dagli stessi provvedimenti di AGCM che, soprattutto nei casi più innovativi o che interessavano mercati fino ad allora non oggetto di procedimenti sanzionatori, hanno un contenuto che potremmo definire "additivo" poiché non si limitano a diffidare la continuazione della pratica commerciale scorretta esistente ma, accanto all'irrogazione della sanzione per il comportamento pregresso, indicano chiaramente il diverso esito auspicato nel comportamento futuro. Il tentativo di indirizzare il comportamento futuro del singolo operatore e, auspicabilmente, degli attori del mercato rilevante appare positivo ma si scontra con gli attuali strumenti messi a disposizione del legislatore che in caso di prosecuzione/reiterazione del comportamento mette a disposizione soltanto i consueti "armamentari" sanzionatori del procedimento di inottemperanza.

e) Esaminiamo di seguito anche l'art 37-bis, che è stato introdotto nel Codice del Consumo dall'art. 5 del DL 24 gennaio 2012, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012 n. 27, con il quale è stato istituito un ulteriore strumento di tutela amministrativa contro le clausole abusive nei contratti tra professionisti e consumatori che si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari. L'art. 37-bis non viene richiamato dall'art. 66 CC tra gli articoli che trovano applicazione al fine di garantire il rispetto delle norme

introdotte dal D. Lgs. 21/2014, ma può essere un utile punto di riferimento in una prospettiva de iure condendo. Ai fini della presente analisi è interessante valutare il meccanismo introdotto dal terzo comma del citato art. 5 che attribuisce ai professionisti (*rectius* alle imprese) di interpellare preventivamente l'AGCM in merito alla vessatorietà ai sensi degli art. 33-38 del Codice del Consumo di clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori. A fronte della richiesta del professionista l'AGCM è tenuta a rispondere entro un termine di 120 giorni dalla richiesta, a condizione che le informazioni fornite dal richiedente non risultino gravemente inesatte, incomplete o non veritiere. L'effetto dell'interpello preventivo è che le clausole non ritenute vessatorie non potranno poi essere valutate dall'AGCM ai sensi del precedente comma 2 che si limita a prevedere come sanzione a diffusione al pubblico delle clausole di cui sia accertata la vessatorietà mediante l'apposita sezione del sito internet dell'AGCM e del sito dell'operatore che adotta la clausola vessatoria, oltre che con ogni altro mezzo ritenuto opportuno in ordine all'esigenza di informare i consumatori. E' evidente che il profilo afflittivo della sanzione prevista per la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie è prevalentemente reputazionale e si discosta molto dalle potenzialmente gravose sanzioni amministrative previste dall'art. 27, comma 9 richiamate dall'art. 66, comma 3 Codice del Consumo. Ma proprio perché il legislatore ha voluto imporre all'AGCM di organizzarsi al fine di fornire ai professionisti entro 120 giorni un servizio di analisi preventiva della vessatorietà delle clausole concluse mediante condizioni generali di contratto o formulari pur in presenza di una sanzione essenzialmente soltanto reputazionale, emerge chiaramente l'opportunità che un analogo obbligo possa essere introdotto per garantire ai professionisti che devono implementare le norme della Direttiva *Consumer Rights* delle chiare e rapide indicazioni applicative, a maggior ragione in merito alle norme di armonizzazione minima sopracitate. Il precedente dell'art. 37-bis ci indica la necessità di uno specifico intervento legislativo e che venga data la possibilità all'AGCM di definire un regolamento che le consenta, ad esempio, di dare un riscontro secondo criteri discrezionali, dando la priorità ai quesiti posti dai professionisti in modo aggregato o tramite associazioni di categorie al fine di non doversi assumere un onere amministrativamente ingestibile quale la risposta alle molteplici imprese che si trovano a dover applicare le norme della Direttiva Consumer Rights [30]. Resterebbe comunque fermo il principio che il consumatore che non si sentisse sufficientemente tutelato dall'interpretazione preventiva offerta da AGCM avrebbe piena facoltà di agire in giudizio chiedendo al giudice civile di accertare la violazione del Codice del Consumo e di dichiarare l'applicabilità della medesima norma già sottoposta all'interpello preventivo secondo criteri diversi. Parallelamente all'esercizio dell'azione civile chiunque vi abbia interesse potrebbe anche impugnare l'esito dell'interpello preventivo dinanzi al giudice amministrativo. Per questo motivo la pronuncia preventiva dell'AGCM dovrebbe sempre essere espressa e non prevedere la formazione di un implicito assenso a seguito del decorso del termine per la risposta, allo scopo di consentire al giudice civile di valutare ponderatamente l'indirizzo

applicativo predisposto dal AGCM al fine della formazione del suo giudizio nonché per dare al giudice amministrativo una adeguata materia del contendere. Inoltre gli esiti degli interpelli, previa la garanzia della riservatezza delle informazioni strategiche o commercialmente rilevanti del soggetto che ha proposto l'istanza, dovrebbero essere sempre resi pubblici dall'AGCM mediante la pubblicazione in una parte riservata del proprio sito allo scopo di perseguire lo scopo principale di tale strumento e dello sforzo preventivo che AGCM dovrebbe porre in essere, ossia indirizzare l'operato degli attori del mercato.

f) Infine, a mero fine di completezza dell'analisi, l'art.27, comma 12 CC prevede che AGCM possa disporre la sospensione dell'attività d'impresa per un periodo non superiore a 30 giorni in caso di reiterata inottemperanza ai propri provvedimenti. L'esiguità dei casi riscontrati finora nella giurisprudenza di AGCM ci dimostra che questo strumento, dagli effetti dirompenti per la continuità dell'attività imprenditoriale, rappresenta una *extrema ratio* da adottare soltanto nei confronti dei professionisti che ignorano in modo cosciente e reiterato l'inibizione da parte di AGCM alla prosecuzione della pratica commerciale scorretta [31] Pertanto nei confronti di tali soggetti, che sono marginalmente presenti nel mercato con qualsiasi modello di attuazione della normativa, neppure l'adozione reiterata di sanzioni e di procedimenti di inottemperanza può incidere significativamente vista l'approccio imprenditoriale "mordi e fuggi", la frequente ineseguibilità della sanzione per ragioni di extraterritorialità e la mutevolezza (*rectius* la volatilità) delle forme societarie e delle strutture organizzative adottate. L'unico vantaggio della presenza di una definizione *ex ante* delle modalità di applicazione delle norme rilevanti sarebbe rappresentato da una maggiore conoscibilità da parte dei consumatori del perimetro dei comportamenti illegittimi, che quindi potrebbero segnalare più tempestivamente all'AGCM le violazioni e darle l'opportunità di un rapido intervento, anche in sede cautelare.

#### **4. Gli impatti del *public enforcement* nella prospettiva dei professionisti.**

Al fine di individuare quali possano essere gli strumenti più efficaci per applicare le norme introdotte dal D. Lgs. 21/2014 proponiamo di modificare la prospettiva di analisi, non limitandosi a richiamare i principi che indirizzano l'azione del *public enforcement* da parte di AGCM, ma anche di esaminare quali siano i possibili parametri che inducono (o meno) i professionisti ad una tempestiva ed efficace applicazione delle norme rilevanti del Codice del Consumo.

Ovviamente la nostra analisi si riferisce a professionisti che operino stabilmente nel mercato di riferimento e non ai comportamenti opportunistici "mordi e fuggi" adottati da parte di operatori non interessati ad una presenza commerciale di lungo periodo. L'analisi non ha la pretesa di "fotografare" il comportamento di ogni professionista poiché vi sono molte variabili (il controllo pubblico o privato, la matrice della cultura aziendale, la notorietà mediatica del marchio del professionista o dei suoi prodotti, i principi etici e

valoriali richiamati come elemento caratterizzante della *value proposition* del professionista, il mercato geografico o anagrafico indirizzato e molti altri fattori) che ne condizionano i comportamenti, ma fino ad ora l'approccio delle amministrazioni e della classe politica è sempre stata indirizzata ad ampliare o a rendere più gravosi gli strumenti sanzionatori (ad es. aumentando il massimo edittale) , senza comprendere che nelle dinamiche competitive incise dal Codice del Consumo il fattore sanzionatorio possa avere un impatto marginale, mentre invece occorre focalizzarsi sulle priorità di coloro che devono attuare le norme e perciò sulle tempistiche, sull'efficacia dei sistemi di vigilanza e cautelari, sulla certezza delle modalità di attuazione delle norme affinché la completa e tempestiva attuazione di ragionevoli e efficaci norme a tutela dei consumatori diventi un fattore competitivo e non un mero ostacolo al perseguimento della massimizzazione dell'interesse economico dell'attività imprenditoriale.

- 1) Il primo parametro generale che indirizza la tempestività e la completezza dell'applicazione delle norme rilevanti del Codice del consumo è il costo/opportunità;
- 2) Il secondo parametro che informa l'azione dei professionisti è la trasparenza nelle tempistiche e modalità di applicazione e quindi la necessità che sia garantita la non discriminazione tra i professionisti nel mercato per quanto riguarda il "come" e il "quando" siano attuate le norme. Questo secondo parametro rappresenta il criterio prioritario con il quale valutare i diversi profili rilevanti relativi al primo parametro.

Il costo/opportunità connesso all'applicazione delle norme si può generalmente segmentare in diversi profili:

- a) L'onere per il professionista connesso ai mancati ricavi derivanti da un'applicazione particolarmente garantista della norma che non soltanto impone obblighi di maggiore trasparenza ed informazione a beneficio dei consumatori, ma talora introduce ulteriori oneri applicativi che rendono più complessa (e talvolta ingestibile) la *user experience* del consumatore. Dalla valutazione dell'impatto in termini di mancati ricavi deriva sovente la scelta relativa a come applicare la norma, ossia con quale gradazione di attenzione nei confronti del consumatore;
- b) I costi aggiuntivi (di natura economica ed operativa) connessi all'introduzione di ulteriori oneri informativi e perciò correlati a costi gestionali legati, ad esempio, alle attività di prevendita e post vendita, agli oneri logistici e amministrativi (pensiamo ad esempio all'esercizio del diritto di recesso di cui all'art. 54 CC) , ai necessari aggiornamenti dei sistemi informativi, alla modifica delle strutture, delle modalità e dei canali di vendita (interni al professionista o esternalizzati) , ai conseguenti oneri contrattuali sia in termini di modifiche dei formulari che dei processi di acquisizione della volontà del consumatore (sia di stipulare che di recedere) ;
- c) l'impatto economico e finanziario della sanzione amministrativa pecuniaria: ovviamente la modifica del massimo edittale introdotto dall'art. 1, comma 6, lettera b) del D. Lgs. 21/2014 [32] ha modificato la percezione del

rischio economico connesso alla mancata o parziale ottemperanza alle norme, ma in alcuni casi non appare significativa rispetto ai vantaggi economici per il professionista derivanti dalla mancata applicazione della normativa vigente (se esaminiamo la fattispecie di una singola violazione, quale, ad esempio una modifica del prezzo applicato alla generalità dei consumatori [33], oppure, in caso di beni/servizi forniti in modo continuativo, ai profitti direttamente connessi alla mancata applicazione della norma dall'entrata in vigore fino alla diffida emanata da AGCM o, più correttamente, fino ai termini richiesti per l'effettiva ottemperanza al provvedimento), che si dovrebbero sommare ai costi aggiuntivi in termini di mancati incassi e di oneri aggiuntivi di implementazione che si verificano quando la società viene diffidata dal proseguire un comportamento dichiarato illecito.

d) Il rischio reputazionale, che è chiaramente un "costo" non quantificabile economicamente, ma molto rilevante tanto più è noto il marchio e caratterizzato per i consumatori da elementi eticamente positivi. L'impatto del rischio reputazionale è tanto maggiore quanto più è ampia la visibilità mediatica degli esiti della propria attività istituzionale che AGCM decide di affiancare alla sanzione e alla diffida, utilizzando la possibilità prevista dal Regolamento all'art. 18 di disporre a cura e spese del professionista la pubblicazione della pronuncia, in forma integrale o per estratto, oppure di una dichiarazione rettificativa ai sensi dell'art. 27, comma 8 del Codice del Consumo oppure la pubblicazione degli impegni presentati ai sensi dell'art. 27, comma 7 CC, determinandone il mezzo di comunicazione (quotidiani locali o nazionali, riviste o riviste settoriali etc.) , le modalità dell'adempimento ed il termine dell'effettuazione [34] [35].

Il secondo parametro riguarda la necessità che le medesime norme siano applicate in modo trasparente e non discriminatorio, sia in termini di modalità che di tempistiche, in capo a tutti gli attori che concorrono in uno specifico mercato. L'attenta valutazione da parte dell'Autorità in sede procedimentale del parametro della non discriminazione, soprattutto nel caso di adozione di politiche di moral suasion o di accoglimento di impegni, rende meno rilevanti per i professionisti operanti nel medesimo mercato, soprattutto in una prospettiva competitiva, i mancati ricavi e i costi aggiuntivi dei punti a) e b) poiché appare prioritaria la garanzia del medesimo *level playing field* per tutti gli attori del mercato. La necessità che sia garantita una parità di condizioni commerciali a tutti gli attori del mercato è uno dei maggiori fattori che inducono i professionisti già oggetto di un procedimento sanzionatorio ad applicare in modo opportunistico l'inibizione alla prosecuzione dei comportamenti. Infatti l'assenza di un pieno parallelismo nell'azione sanzionatoria nei confronti di tutti gli attori del mercato sotto il profilo sostanziale e temporale, sovente impossibile per ragioni documentali e/o procedurali nonché organizzative, rende talora preferibile ad un professionista già sanzionato affrontare il rischio di un procedimento di inottemperanza pur di salvaguardare la propria capacità commerciale nei confronti del concorrente che non sia già stato vittima di un procedimento

sanzionatorio relativo alla medesima fattispecie, o, addirittura, sia in una fase procedimentale temporalmente successiva. In altri termini, il modello sanzionatorio appare significativamente depotenziato in termini di efficacia (ed appare sostanzialmente irrilevante il valore del massimo edittale della sanzione amministrativa minacciata da AGCM, soprattutto per le imprese maggiori) se l'intervento dell'Autorità non riesce a garantire anche una equivalenza sostanziale e temporale degli effetti commerciali del proprio intervento su tutti gli attori del mercato. La possibilità di utilizzare in modo efficace gli strumenti sanzionatori nella lotta alle pratiche commerciali scorrette si è dimostrata molto differente in ragione della natura competitiva dei mercati: nei settori oligopolisti nei quali sia riscontrata la medesima violazione e sia possibile avviare contestualmente un procedimento sanzionatorio nei confronti di tutti gli attori del mercato, l'impatto reputazionale (specialmente per professionisti che operano nel B2C) e la contestuale modifica dei comportamenti commerciali (più che l'onere economico della sanzione amministrativa) possono condurre progressivamente a comportamenti virtuosi [36]. In altri mercati che egualmente sono caratterizzati da operatori dominanti in alcuni servizi/infrastrutture ma sono maggiormente "affollati" di attori (si pensi ai mercati dell'energia elettrica e del gas, delle comunicazioni di rete fissa, della grande distribuzione etc.) , le necessità procedimentali hanno indirizzato AGCM ad avviare separate istruttorie che hanno avuto importanti effetti in termini di maggiore tutela del consumatore, ma non garantiscono una piena e efficace tutela dei consumatori per tutti i professionisti, i servizi e le aree geografiche. Infine uno dei casi più emblematici è rappresentato dal mercato dei servizi turistici on-line nel quale si sono succeduti diversi procedimenti sanzionatori relativi a fattispecie analoghe ai quali ha fatto seguito una serie di procedimenti di inottemperanza che hanno sancito l'inefficacia del modello sanzionatorio come strumento adeguato e tempestivo per una azione di contrasto alle pratiche commerciali scorrette [37]. Perciò anche l'indirizzo giurisprudenziale minoritario secondo il quale "le sanzioni suscettibili di applicazione in materia non tendono soltanto a colpire il soggetto che abbia commesso un'infrazione, quanto e soprattutto ad ingenerare una indiretta coazione psicologica nei confronti degli altri soggetti, al fine di determinare una contropinta all'eventuale spinta all'infrazione: risultando, per l'effetto, riconoscibile nella sanzione stessa un carattere non già meramente afflittivo, ma anche educativo, risolvendosi essa in una giusta e commisurata reazione rispetto all'infrazione commessa" [38] pecca di evidente astrattezza in quanto predilige una lettura psicologica dei comportamenti dei professionisti, anziché ipotizzare in concreto l'adozione di un comportamento razionale teso alla massimizzazione dell'interesse economico dell'attività imprenditoriale

## **5. La necessità di nuovi strumenti di public enforcement.**

Occorre inoltre osservare che anche sotto un profilo metodologico il modello sanzionatorio non risponde più all'ampiezza dei compiti attribuiti ad AGCM

ed al contesto socio-economico. Il modello sanzionatorio ereditato dalla disciplina della pubblicità ingannevole [39] e applicato in modalità sempre più estensive alle pratiche commerciali sleali [40], non si attaglia più alla centralità del ruolo attribuito ad AGCM “come istituzione amministrativa a tutto tondo per la tutela del consumatore in Italia, dalla repressione delle pratiche commerciali scorrette al controllo amministrativo oltre che sulle clausole vessatorie inserite nei contratti di massa e standardizzati (art. 37-bis c. cons.) anche sui “diritti dei consumatori nei contratti” di cui agli artt. 45-67 c. cons.”. [41].

L’istanza di certezza delle regole del rapporto tra consumatori e professionisti che emerge dal contesto socio-economico si combina con il dovere dell’istituzione pubblica, che è chiamata a valutare la correttezza delle norme sostanziali del rapporto contrattuale, di non poter più esigere, in un frangente di mercato così difficile, la modifica *ex post* delle condizioni contrattuali con i consumatori, ma di dover tracciare *ex ante* gli indirizzi applicativi e riservarsi l’esercizio del potere sanzionatorio nei confronti degli inadempienti. In altri termini, l’interpretazione del ruolo di custode degli interessi pubblici deve evolversi applicando il nuovo plesso normativo nel contesto socio-economico nel quale l’istituzione è chiamata a offrire soluzioni efficienti, concrete, stabili e proporzionate. Occorre soltanto rammentare che ciascuna delle caratteristiche richiamate per le soluzioni che AGCM dovrà adottare, ossia l’efficienza, la concretezza, la stabilità e la proporzionalità costituiscono declinazioni di principi comunitari e nazionali consolidati nel nostro ordinamento sia come criteri guida per l’azione della pubblica amministrazione che per i poteri riconosciuti al giudice amministrativo nello scrutinio dei provvedimenti delle PA.

Perciò è necessario che le norme emendate dal D. Lgs. 21/2014, in particolare le norme di più complessa applicazione, quale il recesso, oppure quelle dove sia applicata l’armonizzazione minima, siano chiaramente indirizzate in tempi rapidi delle modalità applicative al fine di chiarire, nella fase di implementazione delle strutture organizzative e contrattuali dei professionisti, quale sia il corretto *level playing field* nei diversi mercati rilevanti, senza lasciare margini interpretativi che gravano in termini di incertezze applicative (e quindi di costi) sui consumatori e sulle imprese e con l’effetto di poter dedicare le risorse pubbliche in modo più efficace allo scopo di perseguire i professionisti che scientemente non si adeguano.

In altri termini, la progressiva mutazione “genetica” dei compiti e delle funzioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato connessi al progressivo ampliamento delle competenze che potremmo genericamente definire come afferenti alla “tutela del consumatore”, rende necessario superare l’habitus concettuale e procedimentale ereditato dal diritto della concorrenza (in particolare dalla disciplina degli abusi) e completare l’evoluzione divenendo a pieno titolo (*absit iniuria verbis!*) il regolatore del mercato nella relazione tra professionisti e consumatori, dotandosi del necessario e complesso patrimonio in termini di capacità di analisi preventiva e prospettica del mercato e di apparati procedurali e analisi dell’impatto [42]. E non appare ostativa a tale evoluzione l’obiezione che l’AGCM deve poter

cambiare parere rispetto ai propri precedenti provvedimenti sanzionatori, anzi conferma la necessità che venga meno una perenne aleatorietà dell'interpretazione della normativa primaria sulla base dell'applicazione del caso specifico allo scopo di evitare, in primis, una discriminazione dell'applicazione della disciplina a danno del singolo operatore oggetto del procedimento, *in secundis*, una strutturale instabilità delle "regole del gioco" che incide sui costi del "sistema" di produzione e di offerta dei beni e dei servizi e quindi sulla capacità di investire dei professionisti nonché, in ultima istanza, sull'attrattività del sistema Paese nel contesto globale [43].

## 6. Conclusioni.

L'analisi effettuata sugli strumenti di *public enforcement* attualmente resi disponibili dal legislatore per l'attuazione del D. Lgs. 21/2014 conduce a ritenere necessario un intervento legislativo che integri l'art. 66 del Codice del Consumo e i richiami normativi in esso presenti.

In una prima fase potrebbe essere sufficiente estendere la procedura e la modellistica applicata all'art. 37-bis del Codice del Consumo, con le cautele applicative sopra evidenziate.

In una fase successiva, una volta testato l'effetto sul mercato del modello dell'interpello e fatto un primo passo nell'evoluzione del proprio ruolo, innanzitutto culturale ma anche organizzativo, AGCM, in qualità di custode del mercato, potrebbe vedersi attribuire con un ulteriore intervento legislativo nuovi poteri di definizione ex ante delle modalità applicative ritenute necessarie delle norme primarie del Codice del Consumo, dovendo perciò ponderare ex ante quali siano le modalità proporzionate, ad esempio in considerazione della tipologia dei professionisti presenti sul mercato (ad esempio società multinazionali o piccole-medie imprese) e delle caratteristiche del consumatore medio, quali siano i criteri di implementazione tempo per tempo più adatti.

Sarebbe sicuramente una rivoluzione copernicana nel modo di applicare il diritto dei consumatori ma sarebbe non solo più coerente con il rispetto dei principi comunitari e costituzionali che presidiano l'attività imprenditoriale, ma avrebbe anche l'effetto di poter essere oggetto di maggiore coordinamento e condivisione in sede di cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa a tutela dei consumatori, ai sensi del Regolamento (CE) n. 2006/2004, aggiungendo un altro concreto tassello all'attuazione del principio di massima armonizzazione nel mercato comune.

La possibilità di introdurre poteri normativi secondari, oltre agli effetti di trasparenza e certezza del diritto, amplierebbe l'impatto sul mercato del *public enforcement* e rappresenterebbe un ulteriore elemento, oltre a quelli sopra descritti, in una prospettiva di "degiurisdizionalizzazione", più volte dichiarata come obiettivo prioritario del Governo.

E' opportuno infine sottolineare che l'auspicata adozione delle modifiche legislative e procedurali proposte non implica che l'AGCM possa desistere dall'adozione di misure sanzionatorie efficaci e dissuasive, ma si ritiene che

accanto all'attività di definizione delle regole e vigilanza sull'applicazione, l'azione sanzionatoria possa essere efficacemente indirizzata a colpire, anche con gli strumenti cautelari del Regolamento, la percentuale di professionisti, purtroppo fisiologica in ogni mercato, che si caratterizza per comportamenti gravemente abusivi atti a destare allarme sociale, spesso caratterizzate da strutture operative molto esili (*rectius* volatili) e sedi legali in paesi ove l'esecuzione dei provvedimenti è difficilmente eseguibile, ma nei confronti dei quali l'intervento repressivo appare l'unico strumento percorribile.

Un nuovo mix nell'azione di *public enforcement*, nel quale l'azione di indirizzo *ex ante* si affianca ad una tempestiva repressione dei comportamenti abusivi appare perciò, ad avviso di chi scrive, più adatto a perseguire effettivamente gli obiettivi dello sviluppo del mercato unico dei consumatori e a elevare il rispetto della normativa a tutela dei consumatori a fattore competitivo qualificante per i professionisti e non ad effetto di una estenuante (e spesso inefficace) rincorsa tra "guardie e ladri".

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[\*\*] Il presente lavoro si inserisce nella ricerca svolta dall'Università Europea di Roma nell'ambito del PRIN 2010/2011 dal titolo "La regolamentazione giuridica delle Tecnologie dell'Informazione e della Comunicazione (TIC) quale strumento di potenziamento delle società inclusive, innovative e sicure".

[1] La letteratura sulla Direttiva Consumer Rights è molto vasta perciò, senza finalità di completezza, ci limitiamo a richiamare alcuni contributi: F. Della Negra, *Il diritto del consumatore ed i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it); F. Bravo, *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella dir. 2011/83/UE - Verso un codice europeo del consumo*, Giuffrè, Milano, 2013; G. De Cristofaro, *La direttiva 2011/83/UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*, in A.A.V.V., *Annuario del contratto 2011*, a cura di E. Roppo e A. D'Angelo, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 30-80; R. Pardolesi, *Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax o commiato*, in *Foro italiano*, 2012, V, 177-181; I. Riva, *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2011, 2, 754-774; S. Mazzamuto, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 4, 861; V. Cuffaro, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Il Corriere Giuridico*, 6/2014, 745; A.A.VV., *I nuovi diritti dei consumatori*, Commentario al d.lgs. n. 21/2014, a cura di A.M. Gambino e G. Nava, Torino, 2014.

[2] Causa C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV contro Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*,

- [3] Causa C-540/08, *Mediaprint Zeitungs c. Osterreich Zeitungsverlag*.
- [4] Cause riunite C-261/07 e C-299/07, *VTB-VAB NV c. Total Belgium NV e Galatea*.
- [5] Causa C-288/10 *Wamo BVBA c. JBC NV, Modemakers Fashion NV*, ordinanza del 30 giugno 2011.
- [6] si veda N. Zorzi Galgano, *Dal Codice Europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore*, in *Contratto e Impresa, Europa*, 1/2012, p. 239 e ss.,
- [7] Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 ottobre 2004 sulla cooperazione tra le Autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori ("Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori").
- [8] Si rinvia a A. Genovese, *Il ruolo dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'applicazione della normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Alcune considerazioni, in Rimedi e tecniche di protezione del consumatore. A cura di AM Gambino, Torino 2011, pag. 276 ed alla dottrina ivi citata.*
- [9] Il legislatore nazionale in sede di approvazione dei pareri parlamentari obbligatori previsti per il recepimento della Direttiva 2011/83 affermò in un comunicato stampa il 22 gennaio 2014 che "la Commissione Industria e la Commissione Europa del Senato hanno approvato all'unanimità la proposta della relatrice Elena Fissore sul recepimento della direttiva 2011/83/UE, concernente la regolazione dei contratti a distanza, stabilendo l'obbligo di forma scritta per tutti i contratti di fornitura di servizi conclusi telefonicamente."
- [10] La previsione di un sistema che preveda la conferma da parte del professionista e l'accettazione del consumatore è stata adottata in sede di recepimento in Spagna, Grecia, Lussemburgo, Cipro, Lituania ed Estonia, con diverse modalità attuative
- [11] In merito si rinvia a: A. Ciatti, *Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Cedam, Padova, 2013, 226; L. Rossi Carleo, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 7, 492 ss.
- [12] Sulla disposizione in parola, cfr. *ex multis* Perugini S., *I "nuovi" strumenti di intervento dell'AGCM*, in "Il Corriere Giuridico", 7 - Allegato 1 / 2014, pp. 44 ss.; Labella E., *Pratiche commerciali scorrette e rimedi civilistici*, in "Contratto e Impresa", 3 / 2013, pp. 688 ss.; Manfredi G., *Giurì di Autodisciplina, Autorità indipendenti e Autorità giudiziaria*, in "Il Diritto Industriale", 1/2011, pp. 61 ss. In giurisprudenza, cfr., in merito alla *ratio* della disposizione, T.A.R. Lazio, Sez. I, 22 aprile 2009, n. 5249; in merito all'avvio d'ufficio del procedimento, T.A.R. Lazio, Sez. I, 27 maggio 2009, n. 5290; in merito ai diritti delle parti in fase istruttoria, Cons. Stato, Sez VI, 8 ottobre 2008, n. 4913.
- [13] In dottrina cfr. Genovesi G., *Brevi note sul problema (non risolto) della legittimazione all'azione inibitoria a tutela dei consumatori*, in "Il Corriere del Merito", 2005. Tra i più recenti commenti alla disposizione, nella sua

interazione con le altre norme della medesima Parte, cfr. anche Querci A., *Via alla "class action" in Italia: un'arma spuntata?*, in *"Diritto e Pratica Tributaria"*, 2/2010, pp. 407 ss.; Riccio A., *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *"Contratto e Impresa"*, 1/2010, pp. 8 ss.; Giuliani D., *La c.d. class action pubblica: una tutela potenziale*, in *"Il Corriere del Merito"*, 1/2013.

[14] Sul punto si vedano in dottrina, tra gli altri, Trisorio Liuzzi G., *I meccanismi processuali di tutela del consumatore*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it); Punzi C., *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, pp. 668 e ss.; Tarzia G., *La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997, p. 668 e ss.. In giurisprudenza, cfr. Trib. Roma, 11 marzo 2003; Trib. Torino, ordinanza 17 maggio 2002; Trib. Roma, 21 gennaio 2009; Trib. Roma, 17 aprile 2009; Trib. Roma, 30 aprile 2008; Trib. Milano, 21 dicembre 2009.

[15] Cfr. *ex multis* Consolo C., Zuffi B., *L'azione di classe ex art. 140 bis codice del consumo*, Padova 2012; Aliotta A., *Spunti ricostruttivi sulla legittimazione ad agire nell'azione di classe prevista dall'art. 140 bis cod. consumo*, in *"Il giusto processo civile"*, 8/2013, pp. 1221 ss.; Frata L., *L'art. 140 bis cod. cons. al vaglio del legislatore e della giurisprudenza di merito*, in *"Danno e responsabilità"*, 17/2012, pp. 1236 ss.; Porcari F., *Primi fragili spiragli per l'azione di classe contro gli enti pubblici territoriali*, in *"Responsabilità civile e previdenza"*, 3/2014, pp. 969 ss.; Spadafora S., *Le pretese tutelabili attraverso l'azione di classe. Spunti teorico-ricostruttivi e prassi applicativa*, Padova 2012. In giurisprudenza cfr. Cassazione, Civ. III, 28 agosto 2011 n. 17351 e Cons. St., Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3481 in merito all'ampiezza peculiare della legittimazione all'azione di classe.

[16] In dottrina, cfr. per tutti Zeno Zencovich V., *Verso un diritto processuale dei consumatori?*, in *"La nuova giurisprudenza civile commentata"*, 2009; Piccirilli E. M., *La leva fiscale come strumento per incentivare la "mediaconciliazione" nelle controversie civili e commerciali*, in *"Il fisco"*, 47 / 2011, pp. 7679 ss. In giurisprudenza cfr. Cassazione Civ III, 17 maggio 2007, n. 11452 sulla facoltatività della procedura conciliativa e sulla conseguente inefficacia del suo mancato espletamento come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, Corte costituzionale 18 febbraio 2009, n. 51 sulla manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale relativa al tentativo obbligatorio di conciliazione.

[17] si rinvia a A. Ciatti, *Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in A.A. V.V. *Commentario breve al Diritto dei consumatori*, a cura di D. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova 2013, pag. 226 e alla dottrina ivi citata.

[18] A norma del quale *"Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi"*.

[19] Ai sensi del quale *"Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice [...]"*.

[20] Ai sensi del quale *"Per il raggiungimento dei propri scopi, le camere di commercio promuovono, realizzano e gestiscono strutture ed infrastrutture di interesse economico generale a livello locale, regionale e nazionale,*

*direttamente o mediante la partecipazione, secondo le norme del codice civile, con altri soggetti pubblici e privati, ad organismi anche associativi, ad enti, a consorzi e a società”.*

[21] In merito si veda anche la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante l’attuazione della direttiva 2011/83/UE sottoposto dal Governo al parere parlamentare il 3 dicembre 2013.

[22] L. Rossi Carleo, Il *public enforcement* nella tutela dei consumatori, in Il Corriere giuridico, 7 Allegato 1/2014, pag. 5. In merito ai crescenti esempi di doppio binario di tutela introdotti dal diritto comunitario (con rilevanti problematiche di sovrapposizione con le discipline generali a tutela del consumatore) , si veda la Direttiva 2009/140/UE recepita nell’ordinamento italiano con il decreto legislativo n° 70 del 28 maggio 2012; la Deliberazione dell’AEEG del 6 giugno 2014 266/2014/R/COM recante Adeguamento al decreto legislativo 21/2014 del Codice di condotta commerciale e di altre disposizioni relative alla tutela dei consumatori, secondo i poteri conferiti dalla direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011, dalla direttiva 2009/72/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 e dalla direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009.

[23] Possiamo soltanto accennare, in questa sede, a tematiche di centrale rilevanza nell’evoluzione del rapporto tra il perimetro delle libertà individuali e quali siano gli interessi pubblici tutelabili e quindi nei quali lo Stato possa travalicare legittimamente la volontà individuale. In merito al c.d. neoformalismo, si rinvia *ex multis* a: N. Irti, Studi sul formalismo negoziale, Padova, 1997; S. Landini, Formalità e procedimento contrattuale, Giuffrè, Milano, 2008; S. Pagliantini, Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi, in Obbligazioni e Contratti, 2009; E. Fazio, Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale 2011. Ai fini di una analisi sociologica dell’evoluzione degli strumenti contrattuali in sede globale, *ex multis* si rinvia a Maria Rosaria Ferrarese, La governance tra politica e diritto, Mulino 2010.

[24] Trib. Milano, 2 aprile 2013, Fiavet c. Expedia; analogamente, Trib. Milano, 27 dicembre 2013, Brennercom c. Telecom Italia.

[25] Cass. civ., Sez. VI, 23 aprile 2014, n. 9116.

[26] Ex pluribus, M. Libertini, L’azione di classe e le pratiche commerciali scorrette, in Riv. dir. ind., 2011, 147; Fabio P., L’efficacia dei provvedimenti dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo civile, con particolare riguardo alle materie delle pratiche commerciali scorrette e della pubblicità ingannevole e comparativa, in Conc. e merc., 2013, 200 ss.; Liliana Rossi Carleo - Il public enforcement nella tutela dei consumatori (Il Corriere Giuridico, 7/2014, p. 5) ; A. Trotta - Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell’AGCM e della Commissione, in Dizionario sistematico del diritto della concorrenza, a cura di Lorenzo F. Pace, Jovene, 2013; Claudio Tesauro - Recenti sviluppi del private antitrust *enforcement* - Mercato Concorrenza e Regole, 3/2011; Mario Siragusa, Ferdinando Emanuele, Marco D’Ostuni - La responsabilità civile in materia antitrust, in Codice ipertestuale della responsabilità civile, Tomo 2, Torino, 2008; Geremia Casaburi - Tutela dei

consumatori, disciplina della concorrenza sleale e dei segni distintivi tra giudice ordinario e Autorità Garante - Il Diritto Industriale, 1 / 2013, p. 58; Michele Carpagnano - Vent'anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010, in Concorrenza e Mercato 2011, Giuffrè; Valerio Mosca - *Private enforcement* antitrust: accertamento e quantificazione del danno, in Il Diritto Industriale, 5/2010.

[27] TAR Lazio, Sez. I, sentenza n. 04456/2012 provvedimento AGCM 23155 Apple Sales International

[28] In senso critico sulla legittimità di utilizzo dell'istituto della moral suasion si veda De Cristofaro, La disciplina generale della pubblicità contenuta nel D. Lgs. 145/2007, in De Cristofaro (a cura di) Pratiche commerciali scorrette e Codice del Consumo, Torino, 2008, pag. 522.

[29] Si vedano i provvedimenti PS 8756 - Hogan siti contraffatti provv. 24468 del 31 luglio 2013; PS 8757 - Gucci- siti contraffatti provv. 24469 del 31 luglio 2013; PS8758 - Prada siti contraffatti provv. 24470 del 31 luglio 2013.

[30] Occorre sottolineare che una apertura indiscriminata al diritto di interpello potrebbe creare grandi difficoltà al funzionamento dell'istituzione perciò si può immaginare che l'interpello, in quanto istituto che vuole indirizzare preventivamente l'operato dei professionisti, sia riservato a tale categoria con priorità per le richieste pervenute in forma aggregata mentre i consumatori, individualmente o in forma aggregata si potranno avvalere del consueto potere di segnalazione.

[31] Si veda, da ultimo, il procedimento IP166 concluso da AGCM il 29 ottobre 2013 nei confronti di DodoTour Evolution Travel, che fa seguito a provvedimenti n. 16906 del 28 maggio 2007 di accertamento dell'ingannevolezza del messaggio, la prima inottemperanza (provv. 17757 del 20 dicembre 2007, poi estesa il 7 maggio 2008) , la seconda inottemperanza del 29 aprile 2009, il terzo procedimento di inottemperanza avviato il 18 giugno 2013 e concluso con la sospensione dell'attività per 15 giorni, ossia la sospensione dei siti utilizzati per veicolare i messaggi ed i servizi.

[32] In realtà la modifica del massimo edittale previsto all'art. 27, comma 9 era già stata introdotta dall'art. 23, comma 12-quinquiesdecies del Decreto legge 6 luglio 2012 n.95 convertito, con modificazioni, dalla L. 7 agosto 2012 n. 135, che viene abrogato dall'art. 1, comma 7 del D. Lgs. 21/2014.

[33] Si veda, ad esempio, i provvedimenti n. 19446 TIM - variazioni unilaterali autorica del 2 gennaio 2009 e n. 19449 Vodafone cambio piano tariffario del 22 gennaio 2009 con i quali entrambi gli operatori furono sanzionati per l'importo edittale massimo al tempo previsto (500.000 euro) .

[34] Affrontando questa tematica da altra prospettiva, appare evidente che la visibilità mediatica degli esiti dell'attività istituzionale dell'AGCM può essere positivamente influenzata dalla notorietà del marchio dei professionisti oggetto dei procedimenti sanzionatori. Sarebbe perciò terreno di approfondimento per economisti ed esperti in comunicazione vagliare se la maggiore o minore notorietà del marchio del professionista possa incidere sulla scelta di avviare un procedimento sanzionatorio da parte di AGCM.

[35] In merito alla pubblicazione della pronuncia per estratto si veda il provvedimento AGCM del 19 luglio 2001, n. 2610 nei confronti di FMR ART'E' che aveva disposto la pubblicazione per estratto della delibera entro 30 giorni su un quotidiano nazionale, su un settimanale e sull'home page del sito Internet della società per trenta giorni consecutivi. Sull'obbligo di pubblicazione si veda l'ordinanza cautelare del TAR Lazio, sez. 1 del 10 novembre 2011, n. 4147 e la sentenza n. 02387/2012 che hanno sospeso la sanzione reputazionale e confermato la censura di sproporzione complessiva della sanzione irrogata dall'Autorità, tenuto soprattutto in conto del fatto che le pratiche scorrette oggetto della sanzione avessero già avuto "vasta eco mediatica".

[36] Un esempio di un mercato oligopolistico rispetto al quale AGCM ha operato sovente avviando una pluralità di procedimenti paralleli è il mercato dei servizi mobili ed in particolare alcuni servizi offerti trasversalmente su tutte le reti. L'azione sanzionatoria plurioperatore di AGCM, durata quasi un decennio, ha consentito di eliminare progressivamente dal mercato i comportamenti più gravemente abusivi e di indurre l'adozione di forme evolute di codici di condotta.

[37] A titolo di esempio si rammentano alcuni dei provvedimenti adottati da AGCM in questo mercato: con provvedimento n. 22120 del 16 febbraio 2011 l'AGCM, all'esito del procedimento PS1442, ha ritenuto le pratiche commerciali poste in essere da eDreams fossero scorrette ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, 22, 23, lettera e) , 24 e 25, lettere a) e d) , del Codice del Consumo. L'Autorità, con provvedimento n. 23693 del 27 giugno 2012 (procedimento IP146) , ha successivamente contestato a eDreams di aver violato la lettera a) citata delibera n. 22120 del 16 febbraio 2011, successivamente ha deliberato l'inottemperanza con provvedimento n. 24044 del 14 novembre 2012. L'AGCM, con il provvedimento n. 24044 del 14 novembre 2012, ha ritenuto che il comportamento posto in essere da eDreams costituisse inottemperanza alla lettera a) della delibera del 16 febbraio 2011, n. 22120, in quanto la veste grafica della homepage del sito internet [www.edreams.it](http://www.edreams.it), anche con le modifiche da ultimo proposte, non risultava ancora idonea a garantire ai consumatori una chiara percezione, sin dal contatto iniziale, del costo globale delle offerte disponibili. Infine l'AGCM, con il provvedimento del 4 dicembre 2013, ha accolto gli impegni proposti ma ha irrogato una sanzione 50.000 per la lunga inottemperanza riscontrata. Con provvedimento n. 22118 del 16 febbraio 2011 AGCM ha accertato la scorrettezza di due pratiche commerciali poste in essere da Opodo Italia ai sensi degli artt. 20, 21, 22, 23, lettera f) , del Codice del Consumo. Con provvedimento n. 23812 dell'8 agosto 2012, AGCM ha deliberato che il comportamento della società Opodo riscontrato documentalmente a valle della diffida a proseguire le violazioni sopracitate ha costituito una inottemperanza alla delibera n. 22118 del 16 febbraio 2011 in quanto il professionista ha continuato a promuovere le proprie offerte con modalità non dissimili da quelle precedentemente censurate. Il provvedimento è stato notificato all'operatore in data 21 agosto 2012. Con il *Provvedimento n. 24458* del 24 luglio 2013 l'AGCM ha ritenuto che i fatti accertati integrassero

una fattispecie di reiterata inottemperanza alla lettera *a*) della delibera dell'Autorità n. 22118 del 16 febbraio 2011, ai sensi dell'articolo 27, comma 12, del Codice del Consumo, che nonostante le modifiche proposte da Opodo AGCM ha ritenuto che non apparissero idonee a eliminare i profili di scorrettezza rilevati dall'Autorità e perciò si è conclusa con l'adozione del provvedimento AGCM n. 24698 che ha irrogato una sanzione amministrativa pecuniaria per l'importo di 150.000 euro. Nello stesso senso si veda la sentenza TAR Lazio, Sez. I, n. 3318 del 12 aprile 2012.

[38] In questo senso TAR Lazio, Sez. I, 17 giugno 2010, n. 18462, in senso conforme TAR Lazio, Sez. I, 19 novembre 2002, n. 10131 e TAR Lazio, Sez. I, 29 dicembre 2009, n. 13749.

[39] Si veda il decreto legislativo 25 gennaio 1992 n. 74 che prevedeva per l'inottemperanza la qualifica di illecito penale punita con l'arresto fino a tre mesi e l'ammenda fino a cinque milioni di lire.

[40] La revisione del regime sanzionatorio è stata compiuta dalla L. 6 aprile 2005, n. 49 introducendo le sanzioni amministrative pecuniarie per le ipotesi di pubblicità ingannevole e comparativa, poi modificato dal D. Lgs. 2 agosto 2007 n. 146 e dal D. Lgs. 2 agosto 2007, n. 145.

[41] In merito si veda l'approfondita analisi, in parte condivisibile, di S. Perugini, Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni, in Giustizia Civile.com 21 maggio 2014.

[42] Ovviamente in questa sede non è opportuno approfondire la legittimità comunitaria dell'art. 27, comma 1-bis CC che ha inteso disciplinare l'applicazione del principio di specialità ai comportamenti che integrano una pratica commerciale scorretta nei mercati regolati (comunicazioni elettroniche, energia elettrica, gas, trasporti, assicurativo etc.) né le modalità di applicazione del medesimo principio di specialità previsto dalla Direttiva Consumer Rights all'art. 3, comma 2. In merito si rinvia, in senso adesivo al dettato dell'art. 27, comma 1-bis del D. Lgs 21/2014, a S. Perugini, Il recepimento della Direttiva 2011/83/UE: prime riflessioni, cit. mentre in senso critico rispetto alla scelta del legislatore si veda V. Carfi, Pratiche commerciali: il comma 1-bis dell'art. 27 del Codice del Consumo in Rivista della Regolazione dei mercati, 1/2014, pag. 201 e S. La Pergola, Commento all'art. 1, commi 6 e 7, in AA.VV., I nuovi diritti dei consumatori, Commentario al d.lgs. n. 21/2014, a cura di A.M. Gambino e G. Nava, Torino, 2014; G. Nava, Il legislatore interviene nuovamente sul riparto delle competenze tra AGCM e Autorità di settore in merito all'applicazione delle pratiche commerciali scorrette: la soluzione definitiva?, in Diritto, Mercato, Tecnologia, N. 1 2014.

[43] Un condivisibile critica al modello di intervento mediante procedimenti sanzionatori ed agli impatti negativi sui costi e quindi anche sui consumatori, in particolare in presenza di *bis in idem*, emerge anche dalle note sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 e ss. del maggio 2012.

## ***Compensation for damages in the event of death, in the Italian Legal System***

di  
**Ilaria Garaci**

### **Abstract**

*This paper intends to identify the main legal issues that regard the current debate in Italy concerning the recognition of compensation for damages, in the event of death, caused by a wrongful act of another. The first part intends to give a general overview of the main questions related to the identification and quantification of non-pecuniary damages, suffered both by the first-degree victim of the wrongful act, and possibly transferable to the heirs, under the profile *jure hereditatis*, as well as directly by the relatives with an autonomous right, *jure proprio*. In the second part, a comprehensive analysis is made of the ongoing debate concerning the controversial legal figure of thanatological damages, also in the light of a recent ruling of the Court of Cassation (known as “Scarano” decision) that, in conflict with prior long-standing case law, affirms the principle that damages for instantaneous loss of life gives rise to a direct right of compensation in favor of the victim and consequently transferable to the heirs.*

Il presente contributo si propone di delineare le principali questioni che riguardano il dibattito in Italia in merito alla risarcibilità dei danni conseguenti alla morte causata da una condotta illecita altrui. Nella prima parte dello scritto si intende svolgere una breve disamina delle problematiche relative alla identificazione dei danni non patrimoniali subiti sia in prima persona dalla vittima primaria dell’illecito, ed eventualmente trasmissibili agli eredi, sia *iure proprio* dai congiunti. Nella seconda parte si considera analiticamente il dibattito che ruota in particolare intorno alla controversa figura del danno tanatologico, alla luce della recente sentenza della Corte di Cassazione (nota come sentenza “Scarano”) che, in contrasto con il consolidato orientamento giurisprudenziale, afferma il principio della risarcibilità del danno per la perdita istantanea della vita e la conseguente trasmissibilità in capo agli eredi del relativo diritto al risarcimento dei danni sofferti dal *de cuius*.

**Sommario:** 1. Introduction. – 2. Main legal issues considered by the Italian courts in relation to the recognition of damages resulting from death caused by tort. – 3. The debate related to the “thanatological” damages. – 4. The “Scarano” decision. – 5. Conclusions.

### **1. Introduction**

The discussion on the right to compensation for damages resulting from the death of a member of the family, caused by the wrongful act of another, has for many years divided, from multiple perspectives, both legal commentators

[1] and case law in Italy.

In today's paper, it is my intention to identify the main legal issues that form part of the current debate in Italy, and which has flared up following a recent ruling of the Italian Court of Cassation [2]. The judgment, known as the "Scarano" decision - after the Judge-Rapporteur - conflicts with prior long-standing case law and introduces the principle that damages for instantaneous loss of life, caused by injuries suffered as consequence of a car accident, gives rise to a direct right of compensation in favor of the victim and therefore transferable to heirs. Considering the conflict with prior, the Court of Cassation, in plenary session, has now been called on to take a position on this legal issue in order to provide a harmonized interpretation within the Court. A decision of the plenary court is expected soon.

## **2. Main legal issues considered by the Italian courts in relation to the recognition of damages resulting from death caused by tort.**

A first set of questions regards the capacity to institute legal proceedings to request non-pecuniary damages by the relatives of the deceased victim.

It is generally accepted that the so-called second-degree victims of a unlawful act, i.e. the relatives of the victim, have a legal right to recover non pecuniary damages suffered in their own personal sphere related to the death of a kinsman i.e. so-called "relative damages" ("*Danni riflessi*"). The prerequisite commonly accepted by legal commentators and by consolidated case law, consists in the prerogative of a qualified relationship with the victim that generally corresponds to the ordinary connection under a family affiliation, though this is as such not sufficient, since the relative is also required to demonstrate a particular *de facto* affective connection. In fact, the existence of a family affiliation under the legal framework is neither necessary nor sufficient. On the one hand, it is by now fully accepted that an "institutional" family affiliation is no longer required because *de facto* relations are able to establish intensive affective interaction and solidarity as well [3]; on the other hand, it is not sufficient in view of the fact that the courts will assess, on a case by case basis, both the actual importance of the affective bond as well as the impact of the prejudice suffered by the primary victim on the relationship of the relative, to the extent of even jeopardizing its existence [4].

In relation to the *locus standi* of the relatives not pertaining to the traditional nuclear family (i.e. grandparents, grandchildren, son-in-law, sister-in-law and so on) , there exists conflicting positions in the case-law: a first older opinion [5] subordinates the right of compensation, besides the legal affiliation, to the prerequisite of cohabitation, whereas a second more recent ruling [6] no longer requires such condition on the grounds that the lack of cohabitation may be attributable to specific circumstances of life, but does not affect the continuity of an affective bond and psychological affinity with the deceased relative. Recently the Court of Cassation [7] endorsed the former principle by confirming that, in order to qualify as damages able to harm family members not belonging to the nuclear family, (grandparents, grandchildren, son-in-

law, sister-in-law and so on) , cohabitation is mandatory as a minimum requirement through which the intimacy of the larger parental relationship is expressed.

A second set of questions regards the recognition of pecuniary damages, although the legal issues are relatively limited. Compensation for damages, under the Italian Civil Code (art. 1223) , includes both the *damnum emergens*, i.e. costs actually incurred (e.g. health care expenses such as treatment and hospitalization costs of the victim, funeral expenses, value of the goods of the deceased victim destroyed during the unlawful act) , as well as the *lucrum cessans*, i.e. lost future income (e.g. contributions, subsidies or other benefits which could have been available to the deceased person under the statutory rules or by family solidarity, victim's future earnings until retirement, other expected services, protection, care and/or assistance for the survivors/beneficiaries) . In this context, the relatives might encounter difficulties in providing evidence of the existence and the extent of the income and/or contributions that the deceased person would have received.

More complex are the legal issues related to the identification and quantification of non-pecuniary damages, suffered both by the first-degree victim of the wrongful act and possibly transferable to the heirs, under the profile *jure hereditatis*, as well as directly by the relatives with an autonomous right, *jure proprio*.

The Italian statutory rules do not provide for a definition of non-pecuniary damages but provides for a right of compensation under art. 2059 of the Civil Code, with some limitations.

This is not the place to analyze the broad interpretation of this article, which over time evolved up to including, besides damages arising from criminal or unlawful acts, any kind of prejudice caused by the impairment of inviolable personal rights recognized in the Constitution.

Conversely, it seems important to underline that more recent court decisions have reconsidered the former principles which gave rise to a particularly complex unclear framework, resulting *de facto* in a unfair treatment between different victims of an unlawful event causing death, in particular, in respect of those damage profiles whose recognition is entrusted to the equitable evaluation of the single courts.

The damages profiles which emerge from the case law can be summarized as follows:

A) The right to compensation pertaining to the first degree victim, and possibly transferable to the heirs, in principle to:

a) biological damages suffered by the deceased, i.e. *de cujus*, which can be recognized, as set forth below, only in very limited cases and solely if there was a noteworthy lapse of time between the events of the wrongful act and the death;

b) moral damages suffered by the victim where the latter was aware of the catastrophic consequences of the wrongful event leading to the loss of his/her own life, i.e. catastrophic damages;

c) damages for loss of life, i.e. thanatological damages, recognized to date only occasionally by the lower Italian Courts and by a part of legal commentators.

B) The relatives, under a profile *jure proprio*, are entitled to:

a) biological damages, in case the distress from the loss of someone close has evolved into a “*temporary or permanent injury to a person’s physical and mental integrity which can be identified through a medico-legal assessment and which has a negative impact on the activities of daily life and on the dynamic and interpersonal aspects of the life of the injured party, regardless of any repercussions on his/her capacity to produce income*”. The same concept is applied in the Italian Code of Private Insurance (article 138 ) and it is commonly accepted that this has a general extension;

b) moral damages, intended as a state of anxiety or psychological distress as result of the loss of a relative;

c) the controversial existential damages, mostly correlated to the damages due to the loss of a parental relationship which, according to recent changes in the case law, might exist when the relative of the deceased victim can establish that, upon the harmful event, his/her ordinary living habits were seriously disturbed to the point of being compelled to change lifestyle [8].

### 3. The debate related to the “thanatological” damages.

Having introduced the main legal issues related to damages for wrongful death, I would like now to focus on the ongoing debate concerning the controversial legal figure of thanatological damages. Compensation for this type of damage has systematically been rejected in prior decisions of the Italian Court of Cassation [9] as well as by the Constitutional Court in 1994 [10]. The main reasons rejecting the right of compensation to damages for instantaneous loss of life include: a) the application of the civil liability regime requires not only a prejudice to a personal legal position but also a suffered loss connected to this prejudice. A situation of instantaneous death impedes, *per se*, that the wrongful event can produce an actual loss for the offended person who is no longer in life [11]; b) health and life belong to two substantially different legal categories, so that compensatory treatment based on biological damage related to damage to health cannot be applied to damage for loss of life. For this reason, a compensatory right exists only in the event of damage to health prolonged over time; c) an heir cannot inherit indirectly something that was never an established right for the person who lost his life, i.e. the *de cuius*, considering that the loss of life involves the loss of legal capacity [12]; d) the function of providing a remedy and comfort related to the compensatory regime of a wrongful act cannot be applied in case of a death since this would be regarded as punitive which is not admitted under the civil liability regime.

On the other hand, some influential legal commentators, in particular Nicolò Lipari, have argued in favor of the right to compensation including in cases of instantaneous loss of life, both on the assumption that a death represents the maximum impairment possible to an individual’s rights to good health

and, in such terms, should give rise to a right to damages as well as, from a more visionary perspective, on the assumption that the destruction of a human life not only constitutes evident harm to the victim but also an “offense to his core family and results in a “very high cost to the society” [13]. This interesting viewpoint qualifies life, once destroyed, as a good to be defended not only in the interest of the person and his/her family, but also in the interest of the collectivity.

More generally, it is interesting to note that for quite some time, there have been some remarkable court decisions that advocate the idea of a wider social justice by introducing solutions capable of compensating the lack of restitution of a loss of life and, consequently, of balancing the well known contradictory aphorism “it is cheaper to kill a person than to wound him”. Hence, by establishing that damages for death fall outside the succession system, the courts have preferred to give a major weight to the prejudice of the parental relationship [14].

Additionally, in order to validate the transferability of damages linked to the death of the victim, the case law has, on several occasions, considered that “terminal biological damages” are capable of being compensated where death was caused by the injuries suffered and that between the occurrence of such injuries, which affected the psychological and physical integrity of the deceased victim, and death, there elapsed a “considerable period of time” [15]. The main legal questions in the case law are mostly focused on the analysis of the adequate time period required to give rise to a lawful right to compensation. This has resulted in an uncertain and vague system also considering that the judge must necessarily make a case by case evaluation, under equitable principles, with specific regard to the assessment of the daily psychophysical damages suffered and that these were the cause of death.

Other examples are the so-called “catastrophic damages” or terminal moral damages, consisting of the sufferance of the victim when aware of the future fatal outcome. The right to compensation has also been recognized by the courts in the event that the victim survives, even only briefly, the injury and on the basis that the victim’s suffering was caused by the full awareness of the “tragic consequences of the injuries” [16]. As a result, there is no eligible right for compensation if the harmful event is followed by immediate coma and the victim was not conscious prior to death.

This approach has been criticized on the basis that it is inconsistent because it would entail that a gravely injured person who went immediately into coma and died soon afterwards has no right to compensation whereas a person remaining conscious and dying soon afterwards, would have such a right.

Recognition of “catastrophic damages” might even qualify as unfair treatment if we consider a recent decision of the Court of Cassation [17] related to the Ustica Air Crash, that denied to the relatives of the victims the right to be compensated for the prejudice of the right to life suffered by the passengers, for the reasons that a deceased victim can not possibly acquire a right deriving from his/her own death and, on the other hand, given the lack of evidence of the existence of a state of consciousness for the victim in the brief period between the wrongful event and death.

#### 4. The “Scarano” decision.

In this context, the recent “Scarano” decision of the Court of Cassation comes to a completely different solution, in that it considers the above elements of damage (i.e. terminal biological damage, catastrophic damage) as mere artificial loopholes to overcome the absence of a right to compensation for damages due to instantaneous loss of life.

The facts of the case can be summarized as follows:

A woman, married with two children, was involved in a motor vehicle accident and dies shortly after. Her husband, also present during the accident, survives despite his serious injuries but evidently cannot stand the grief of the death of his wife and, after two years, commits suicide. The relatives of the wife and husband (i.e. the children, the mother and sister of the deceased woman) initiate legal proceedings against the author of the car incident by claiming compensation for non-pecuniary damages suffered both under a “*iure proprio*” and a “*iure hereditatis*” profile. The damages claim, *iure hereditatis*, was rejected in first instance and on appeal on the ground that the time between the incident and the death (approximately three and a half hours) was insufficient to grant the victim rights transferable to her heirs. The appeal decision was challenged before the Court of Cassation which overrules the decisions of the lower courts, and recognizes the principle of the immediate acquisition by the victim of rights to compensation with respect to her loss of life and, as a consequence, the possibility to transfer this to the heirs *pro quota*.

In the grounds of the decision, the Court reasoned that the lack of the right to compensation for loss of a person’s own life constitutes a response that “does not correspond to the commonly-held feeling in this given historical moment”, since “the loss of life cannot lack civil protection”.

Based on this statement, the Court accepted the right to compensation *per se* for the damages of (instantaneous) loss of life, i.e. thanatological damages.

These damages are distinct from damages for loss of health and therefore differ from “terminal biological damages” and “terminal moral damages” (or “catastrophic damages”) of the deceased victim. Indeed, according to the High Court, the “loss involves compensation regardless of the consciousness of the victim, without the need to consider the requirements of both the persistence of life for a considerable period of time after the prejudice, as well as the criterion of the intensity of the suffering caused by the awareness of the inevitable forthcoming end of life”. The prerequisite that a significant period of time should elapse between the prejudice and death is therefore considered unacceptable, since victims of a fatality should not receive different treatment on the basis of the criterion of the time of survival, given that the pertinent question relates not to the daily loss of integrity until the event of death but rather to the loss of life, assessed *a priori* and not *a posteriori*.

The High Court goes on to reason that the right to compensation for loss of life is acquired by the victim immediately at the time of fatal accident and is consequently transferable to the heirs. This motivation has introduced an

exception to the principle of the impossibility to compensate damages for the mere occurrence of a damaging event, whereas such right exists to compensate the consequences of such event, “considering that the death event has as a consequence, the loss of not only something but of everything; not only one of many goods but the loss of the supreme good of life [18].

The right to compensation is acquired before the time of death and, according to the Court, such mechanism safeguards the principle of the remedial or relief function of compensation, considering that “the victim’s credit related to the loss of his/her own life due to the wrongful act of another, increases his/her estate”. As a result, as stated by the Court, the punitive function is not recognized, as this would be contrary to our civil liability regime.

The personalistic perspective adopted by the Court is particularly clear in this case where the defined principles are strictly functional to the granting of additional fundamental rights to the person, but is also very innovative for the Italian legal civil liability system. Notwithstanding the affirmation of the Court of Cassation of the existence of a compensatory and relief function of compensation for instantaneous death, it is difficult not to perceive some kind of punitive effect in the decision.

The Scarano ruling tackles another important aspect related to the criteria for quantifying the non-pecuniary damages and ultimately those connected to the (instantaneous) death.

There emerges from the decision a certain suspicion towards the tables system. It is to be noted that the payment method in Italy for compensation of damages to persons is mainly the result of the outcome of court decisions which, starting from the last decade of the twentieth century, has given rise to the development of a tables system in various tribunals, to ensure a higher level of certainty and of equal treatment, even if the amount of compensation is still determined case by case.

The tables prepared by the Milan Tribunal were given particular importance in a recent decision of the Court of Cassation that regarded them as a reliable guideline for the quantification of damages throughout Italy, as they are believed to be the most appropriate guide to guarantee of an equitable compensation of motor vehicle incident damages and, more in general, of the safeguarding of the principle of equal treatment. However, the Scarano ruling considers that the current state of the art of the “collective equity” included in the tabular system of Milan, is not always a guarantee to implement the so-called personalization requirement for the quantification of damages [19].

By specifying the fundamental distinction between damages for loss of life and damages for loss of health, the former not being provided for in the tables of the Milan Tribunal, the Scarano ruling states that the courts on the merits have a discretionary right to identify the proper evaluation criteria that allow to come to an equitable compensation, considering for example age, health conditions, future life expectations, the occupation and the personal and family conditions of the victims.

Under this profile, the reservations expressed by legal commentators on a system that fosters equity rather than certainty and predictability can be shared. By conferring to each court the task of determining an equitable compensation on a case by case basis, it is very difficult to reconcile the complex network of interests involved in civil liability and this means that the final amount of compensation cannot be determined by “independent variables” [21], which would alter the fundamental need of certainty. This uncertainty that would lead to a higher level of compensation is likely to involve an increase in insurance premiums to the prejudice of the economically weaker sectors of society.

Even if damages for loss of life is recognized, it would be difficult not to include such events in a table system in order to achieve a reasonable balance between the value of the human life of the prejudiced person and the interest of the author of the wrongful act not to have his assets excessively aggravated. It is useful to recall that the predictability and certainty of the possible damage types is considered crucial for the proper administration of compensation by insurance companies. The table system is certainly a useful instrument for insurance companies for this purpose, provided that it is structured to ensure an adequate level of discretion so that each case can be evaluated on its own merits.

## **5. Conclusions.**

As a general conclusion, the Scarano Ruling remains an interesting, though controversial, decision considering its clear ambition for a higher “social justice”, but it is doubtful that it can resist the verification by the Plenary Court.

The main obstacle is, in my opinion, related to the extinction of the legal capacity of the victim: indeed as long as the person is alive, although agonizing, there is no prejudice to his life but to his health. Furthermore, once the victim passes away, he can no longer acquire any right since the moment of death correspond to the moment of the loss of legal capacity. Hence, the damages for death apparently have a punitive effect, which is not in line with the principles adopted by the Italian civil liability system. In this respect, it seems important to consider a recent decision of the Court of Cassation that affirms that “under the current regime, the right to compensation for damages related to the prejudice of a personal right is not recognized if this has a punitive effect or objective – considering that the idea of punishment or sanction as a response to a civil liability event does not belong to our system and this regardless of the importance of the wrongful event – but must be related to the actual prejudice suffered by the holder of the impaired right, considering that enrichment without any justifying cause is not possible [22].

The issue related to the recognition of damages for loss of life raises also some important philosophical and ethical questions. Is it really possible to value life? In setting the level of compensation for a lost life, does this not involve an unfair treatment on the basis of the specific social background of

the victims, considering for example their jobs, personal life and familiar conditions? Hence, is it correct to value a blessed life (e.g. successful business, a large family, a rewarding social life) also more favorably at the time of death in respect to a person who was less fortunate?

---

Note:

[\*] Il presente contributo riproduce l'intervento svolto dall'A. nell'ambito del XIV Congresso mondiale AIDA "Il diritto delle assicurazioni nel quadro mondiale" (Working part: Motor Insurance) tenutosi presso l'Università Europea di Roma (28/9-2/10, 2014)

[\*\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Among many comments: G. Giannini, *Il danno alla persona come danno biologico*, Milano, 1986; *Il risarcimento del danno alla persona*, Milano, 1991; R. Caso, *Uccidere è più conveniente che ferire: la distruzione della vita tra paradossi, irrazionalità e costi del sistema risarcitorio del danno non patrimoniale*, in [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it); M. Bona, *Il danno da perdita della vita: osservazioni a sostegno della risarcibilità*, in *Danno e Resp.*, 1999, 623 ss. G. Arnone, *Danno tanatologico: l'imperituro barrage della Cassazione*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 808;; N. Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2012, 523; C.M. Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, 1498 ss. A. Galasso, *Il danno tanatologico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, 25 ss.; A. Palmieri, R. Pardolesi, *Di bianco o di neo: la «querelle» sul danno da morte*, in *Foro it.*, I, 2014, 760; P. Ziviv, *Grandi speranze (per il danno no patrimoniale)*, in *Resp. civ. e Previd.*, 2014, 380

[2] Court of Cassation, Sez. III, Civ., 23 January 2014 n. 1361, in *Danno e Resp.*, 2014, 363

[3] As recently recalled by the Court of Cassation 16 June 2014, no. 13564, the legitimacy to claim compensation for damages due to a wrongful death of a relative does not only pertain to the members of the legitimate family, but also to those who are part of a so-called "natural" family, provided that the latter can establish the existence of a stable and lasting affective relationship with the deceased which, considering the significant sharing of life experience and sentiments, is considered equivalent to a family by marriage (in the same terms, see also Cass. 16 September 2008, no. 23725; Cass. 7 June 2011, no. 12278 and Cass. 21 March 2013, no. 7128)

[4] In these terms Cass. Plenary Session, 1 July 2002, no. 9556.

[5] Cass. Sez. III, Civ., 23 June 1993, no. 6938

[6] Cass. Sez. III, Civ. 15 July 2005, no. 15019

[7] Cass. Sez. III, Civ., 16 March 2012 no. 4253

[8] It is important to highlight a decision of 11 November 2008 of the Plenary Session of the Italian Court of Cassation, which excluded the concept of existential damages (subsequently confirmed by the decision nos. 26973, 26974 and 26975, known as the "San Martino" rulings) (see Cass., Sez. Un.,

11.11.2008, no. 26973, Foro it., 2009, I, 120 ss; among the many comments, F. D. Busnelli, *Le Sezioni Unite ed il danno non patrimoniale*, *R.d.civ.*, 09, 97; F. D. Busnelli, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale*, in F.D.Busnelli S.Patti (a cura di) , *Danno e responsabilità civile*, Torino, 2013, 59 ss.) , which has reconsidered the system of non-pecuniary damages, by stating that all suffered prejudices must necessarily be connected to a sole notion of non-pecuniary damages, as a macro-category for the purpose of preventing the duplication of claims for compensation. However, immediately after the publication of the above mentioned decisions, a process of revision of such ruling has begun, which include critical efforts of legal commentators made with the aim to take the self-sufficiency of the different compensatory damage claims into consideration and to restore the classical division containing three types of damage (biological, moral and existential damage) which was formally transposed in the decisions of the 2003 Plenary Session of the Court of Cassation. More recently, the Italian Court of Cassation, by decision no. 19402 of 22 August 2013, has confirmed “biological damage, moral damage and damage to the relationship respond to different evaluation perspectives in respect to the same prejudice, that may involve, for the victim and his/her relatives, documented medical damages, internal grief and a modification of lifestyle, by which the courts must examine all different aspects of the harmful event, avoiding at the same time, duplication, but also non-compensated damages, and, with particular regard to damages to family relationships, the judge must assess whether the relative of the deceased victim has established that, following the harmful event, the surviving relatives have suffered a disturbance of their normal living habits to the extent of being compelled to change lifestyle”. The “Scarano” decision is framed according to the same division into three types of damages, though affirming to uphold a formal continuity with the Plenary Session ruling of 2008, basically by recognizing the principle of complete compensation of the damage, *de facto* it has set forth different approaches by which it can implement such principle. The decision confirms: (a) the sole category of non-pecuniary damages is confirmed by affirming however its complex nature which entails an autonomous compensatory right available for the three damage types (biological, moral and existential damage) which can be distinguished on the basis of the concrete evidence acquired during the proceedings and which can contribute to identify the content of the non-pecuniary damages. In addition, the decision represents that moral damage must be deemed inclusive of an additional and specific aspect related to the dignity of the person; (b) the autonomous qualification of the existential damages where the suffering and sorrow do not remain within the intimate sphere, but evolve in prejudices of such significance as to create a disturbance to the existence (c) the need to ensure a complete compensation for damages by means of a comprehensive assessment of the case under examination; (d) the principle of compensatory right *iure hereditario* in case of damages for immediate loss of life.

[9] In a decision of the Court of Cassation there is an opening, though only *obiter dictum*, in which it has been recognised that, in case of wrongful

death, together with the moral damage of the deceased person and the biological damages relating to the non-instantaneous death of the deceased person, both transferable *jure hereditatis*, the right to compensation also exists for “damages for death such as loss of integrity and expectation of a biological life related to the prejudice to the inviolable right to life, protected under art. 2 of the Constitution. In such terms Cass. 12 July 2006, no. 15760 [10] Cass. 27 October 1994 no. 372 which rejected the constitutional legitimacy argument related to articles 2043 and 2059 c.c., for the reason that such provisions do allow the compensation of non-pecuniary damages deriving from the death of a relative in a car accident.

[11] As previously confirmed by Cass., Plenary Court, 22 December 1925, no. 3475, in *Il Foro italiano*, 1926, I, 328.

[12] Cfr. Cass., Plenary court, Civ., 22 December 1925, no. 3475 22 December 1925, as well as Cass. 16 May 2003, no. 7632

[13] In these terms N. Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 527, who maintains that the traditional opinion that does not recognize the figure of damages for death is heavily conditioned by the way in which the categories of damage have been framed *a priori*, so that it is necessary to call into question our traditional schemes by modifying its structure and providing for a new classification. Among the legal commentators in favour to compensation for the instantaneous loss of life: C.M.Bianca, *Il danno da perdita della vita*, in *Vita not.*, 2012, 1498 ss. A.Galasso, *Il danno tanatologico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2014, 25 ss; M.Bona, *E' risarcibile iure successioni la perdita della vita? (una risposta positiva)*, in *Giur. It.*, 2000, 1200

[14] Cass. 19 August 2003, no. 12124, in *Foro it.*, 2004, I, 434; Cass., Sez. III, civ., 31 May 2003 n. 8828

[15] Cass. Sez. III Civ., 27 December 1994, n. 11169; Cass., 16 May 2003, n. 7632

[16] Cass. 31 May 2005 no. 11601; Cass. 6 August 2007, no. 17177; Cass., Plenary court, 11 November 2008 no. 26772; Cass. Plenary court., Sez. Un. 11 November 2008 no. 26773

[17] Cass. 28 January 2013, no. 1871

[18] The Courts, by placing the emphasis on the exception, appear to support a continuity of the principle set forth by the Plenary Sessions of 2008, by which only the damage-consequence gives rise to compensation but not the damage-event

[19] The court also expressed its doubts in relation to the limitations of compensation for the damage related to harm of minor importance provided for in the Italian Statutory rules (such limitation, in principle, applicable to motor vehicle torts has now also been extended to cases of medical liability pursuant to law no.189/2012) . In this respect, the Constitutional Court should shortly decide on the legitimacy of art. 139, para. 3 of the Private Insurance Code, where it provides for a limitation on the possible compensation for damages to the person, without any appropriate evaluation of the specific interests at stake (i.e. the economical interests of the insurance company on the one hand and the interest of a complete

compensation for the personal damages, related to the health care on the other) , knowing however that the Europe Court of Justice has already confirmed, in relation to the same article, the compliance of the Italian statutory rules with European law as well as the legitimate right of Member States to put a ceiling on rights to compensation in relation to motor vehicle accidents of minor importance.

[20] G.Ponzanelli, *La sentenza “Scarano” sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, in *Danno e responsabilità.*, 2014, 400;

F.Martini, *La volontà di realizzare una rivoluzione copernicana si scontra con la mancanza di solide basi giuridiche*, in *Guida al diritto*, 2014, fasc. 7, 30 ss

[21] G.Ponzanelli, *La sentenza “Scarano” sul danno da perdita della vita: verso un nuovo statuto di danno risarcibile?*, in *Danno e responsabilità.*, 2014, 394

[22] In this respect, see Cass. Sez. I Civ., decision no. 1781 of 8 February 2012.

***La responsabilità del direttore di testata giornalistica on-line:  
orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma***

di  
**Andrea Napolitano**

**Abstract**

*This work has the aim to analyse the peculiar hypothesis of the responsibility of the online newspaper director, starting from a general analysis on the concept of freedom of press in the national and the European environment. In particular, the subject concerns the difficult relation between traditional mass media such as paper press and new media such as on line newspaper, which is object of a deep research by doctrine and jurisprudence, which have been tried to regulate such a delicate issue for years. Moreover, the last part of the work is focused on the analysis of the Draft Law S1119, currently on discussion at Senate, which is aimed to fill a legislative gap, in response to a necessity shared by doctrine and jurisprudence.*

Il presente lavoro si prefissa l'obiettivo, partendo da un'analisi generale sul concetto di libertà di stampa in ambito nazionale ed europeo, di analizzare l'ipotesi particolare della responsabilità del direttore di un giornale *on line*. Si tratta di un argomento che si innesta nel difficile rapporto tra i mezzi di informazione tradizionali quale è la stampa cartacea e le nuove forme di comunicazione come appunto il giornale *on line*, oggetto di indagine approfondita da parte di di dottrina e giurisprudenza che hanno cercato negli anni di disciplinare la materia.

L'ultima parte del contributo è stata inoltre incentrata sull'analisi del Progetto di Legge S1119 in discussione al Senato, con il quale si andrebbe a colmare un vuoto legislativo in tale ambito, rispondendo ad un'esigenza condivisa da tempo da parte di dottrina e giurisprudenza.

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. Cenni storici sulla libertà di informazione: dall'*Habeas Corpus* alla C.E.D.U. - 3. Breve ricostruzione della libertà di informazione professionale in Italia: dalla legge 47/48 alla legge 62/01. - 3.1. Blog, forum e giornalismo partecipativo. - 4. La responsabilità del direttore di un giornale cartaceo. - 5. La responsabilità del direttore di un giornale on-line. - 6. Le prospettive di riforma della responsabilità del direttore di una testata giornalistica nel progetto di legge S1119.

**1. Premessa.**

L'incessante processo di convergenza tecnologica e la diffusione dell'utilizzo di supporti collegati ad internet fanno sì che, oggi, un numero crescente di utenti si informi quotidianamente non più solo attraverso la lettura di giornali cartacei o alla visione di telegiornali o programmi di approfondimento bensì anche mediante l'accesso ai siti *web* di informazione.

L'importanza, non solo in termini quantitativi, di tale fenomeno è da tempo oggetto di analisi in diversi campi (economico, sociologico, giuridico) sia in termini assoluti sia comparativamente rispetto agli altri mass media. In particolare, in ambito giuridico, da tempo si indaga la percorribilità di una equiparazione tra le forme regolamentate di stampa e l'informazione *on line* o quanto meno la proponibilità di una disciplina ad *hoc* per quest'ultima. In particolare, in ambito legislativo la questione viene periodicamente proposta ed anche nella presente legislatura è stato presentato ed ha superato l'esame della Camera, un progetto di legge in materia (che offre lo spunto per il presente scritto) , che si propone di rileggere la nozione di informazione professionale alla luce dell'evoluzione dei mass media, modificando alcune disposizioni della legge 47 del 1948 e del codice penale in materia, in particolare escludendo la pena detentiva per i delitti contro l'onore, pur conservando loro la natura giuridica di "delitto" [1].

## **2. Cenni storici sulla libertà di informazione: dall'*Habeas Corpus* alla C.E.D.U.**

La libertà di informare, comunicare e manifestare il proprio pensiero ha avuto, come è noto, già nel XVII secolo una prima forma, seppur embrionale, di tutela in alcuni ordinamenti giuridici [2]. In Italia, invece, il percorso di questa libertà ha avuto avvio più tardi, con lo Statuto Albertino, che tuttavia, all'articolo 28, faceva riferimento non alla libertà di espressione in generale ma alla libertà di stampa, riconoscendola ma sottoponendola a limitazioni di legge per casi specifici [3].

Analogia impostazione si rinviene nell'Editto sulla Stampa (r.d. n.695/1848) , primo fondamentale intervento settoriale in materia che poggiava su due principi fondamentali: l'espressa previsione legislativa della libertà di manifestare il proprio pensiero ed il divieto di limitazioni preventive di tale libertà e di interventi repressivi, applicabili dal giudice solo in caso di abusi. Come è noto, i principi dell'Editto furono tuttavia quasi immediatamente attenuati dall'approvazione di alcune leggi di polizia (1859, 1865 e 1889) [4], fino ad arrivare alla emanazione del codice Rocco del 1930 che incise in maniera determinante su questa libertà, soprattutto per quanto concerne la materia dei reati commessi con tale mezzo.

In particolare, per la parte che qui interessa, venne modificata la normativa riconducibile alla imputazione di un determinato fatto al gerente attraverso l'attribuzione a quest'ultimo di una responsabilità oggettiva per fatto altrui *ex art. 57 c.p.*, in virtù del quale chi ricopriva tale ruolo era "*per ciò solo chiamato a rispondere, insieme all'autore dello scritto, del reato a mezzo stampa*". Peraltro, questa nuova forma di responsabilità, che costituì, come è noto, un ulteriore strumento repressivo della libertà in esame, fu giustificata dal regime fascista quale estensione in ambito penale di una già preesistente tipologia di responsabilità in campo civile, quella del rischio professionale[5]. Tale normativa rimase in vigore fino all'emanazione del d.l. n. 561/1946, con il quale si abolì il sequestro preventivo da parte dell'autorità pubblica, rimanendo però inalterato il potere del giudice di ordinare il ritiro dello

stampato in caso di sentenza irrevocabile di condanna, a carico di un giornalista, per un reato a mezzo stampa.

Il Costituente del 1946, nell'approcciarsi alla disciplina di questo diritto, in parte si pose in linea di continuità con lo Statuto, in parte, la più importante, se ne discostò. Innanzitutto diede valore costituzionale alla distinzione tra comunicazione riservata e manifestazione del pensiero nella sfera pubblica, dedicando ad esse due distinti articoli (art. 15 e art. 21 Cost.) e due diverse tutele. Inoltre, con riferimento alla libertà di espressione, viene da un lato mantenuto il riferimento esplicito alla stampa (peraltro con una tutela rafforzata [6]) dall'altro viene dato particolare risalto alla libera manifestazione del pensiero di ciascun individuo, al fine di sottolineare come quest'ultima sia non solo uno strumento di crescita dell'intera comunità ma anche, e soprattutto, l'esplicazione di una esigenza individuale. Da qui la previsione di un unico limite esplicito, quello del buon costume, ponendo di conseguenza le premesse a che ogni restrizione della libertà di manifestazione del pensiero possa avvenire e debba essere motivata dal legislatore con il bilanciamento con altri diritti costituzionalmente garantiti [7].

La disciplina costituzionale della libertà di espressione è oggi completata, anche alla luce del Trattato di Lisbona (all'interno del quale rilevanza fondamentale viene data alle tradizioni costituzionali dei singoli Stati) , dalle disposizioni della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (C.E.D.U.) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ( Carta di Nizza) .

Per quanto riguarda gli articoli 10 e 11 della CEDU essi riconoscono espressa tutela ai profili attivi e passivi della libertà di manifestazione del pensiero [8]. Peraltro, la Corte Europea dei diritti dell'uomo ha adottato un'interpretazione evolutiva di questi articoli, ed in particolare dell'art. 10, tale da rimarcare, nonostante l'assenza di chiare indicazioni testuali, l'importanza del diritto di ognuno a ricevere un'informazione il più possibile pluralistica e non condizionata dalla presenza di posizioni dominanti. La giurisprudenza della Corte [9], inoltre, espandendo la tutela accordata dalla disciplina convenzionale, ha chiarito che l'informazione - nello specifico quella che, tramite la stampa, ricopre una funzione di "watch dog" dei pubblici poteri - svolge un ruolo fondamentale dal momento che i lettori hanno il diritto di ricevere informazioni in merito alle azioni dei titolari di funzioni pubbliche, prevedendo una estensione della tutela convenzionale anche alle opinioni che possano risultare sgradite o inquietanti [10]. Così facendo è stata prevista, per gli organi di informazione, la facoltà di utilizzare frasi contenenti un certo grado di esagerazione e di provocazione, sempre che vengano riservate ai lettori informazioni di interesse generale, affidabili e precise e che rispettino le norme deontologiche.

Anche l'art. 11 della Carta di Nizza prevede e regola il profilo attivo e passivo della libertà di manifestazione del pensiero [11], ma al riguardo occorre sottolineare che la sua Corte di riferimento, la Corte di Lussemburgo, appare orientata a ritenere che la libertà d'espressione può subire restrizioni qualora siano previste da " *obiettivi di interesse generale*" e quando tali limitazioni siano "previste dalla legge" e " dettate da uno o più scopi legittimi, necessarie

in una società democratica, cioè giustificata da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito” [12].

### **3. Breve ricostruzione della libertà di informazione professionale in Italia: dalla legge 47/48 alla legge 62/01.**

Il primo rilevante intervento legislativo della storia della Repubblica Italiana in materia di libertà di stampa è rappresentato dalla legge n. 47 del 1948, il cui testo finale si presenta molto diverso da quello che era l'originario disegno di legge presentato dal Governo. In particolare l'Assemblea costituente, chiamata a disciplinare la libertà di stampa prima delle elezioni politiche del 1948, decise di non affrontare in maniera approfondita temi, oggetto dell'iniziativa legislativa del governo, quali la responsabilità per i reati a mezzo stampa, la loro riforma e la determinazione delle fonti di finanziamento delle imprese editoriali [13].

Per quanto concerne gli aspetti di maggiore rilevanza introdotti, essi si sostanziano nell'introduzione della "registrazione" della testata giornalistica, in luogo dell'autorizzazione prefettizia, e dell'istituto della pena pecuniaria e nel richiamo specifico alla diffamazione a mezzo stampa. In particolare, per la parte che qui interessa, la legge produce una vera e propria integrazione dell'impianto codicistico dei reati a mezzo stampa con l'aggiunta di una ulteriore aggravante a quelle previste dall'art 595 c.p., ossia la fattispecie della diffamazione commessa con il mezzo della stampa consistente nella attribuzione di un fatto determinato.

Inoltre, risulta chiara un'estensione di quanto disposto dall'art 528 c.p. agli scritti destinati ai minori a riprova della particolare attenzione rivolta alla tutela dei minori ed alle pubblicazioni che descrivano con particolare crudezza avvenimenti idonei a "*turbare il comune sentimento della morale e dell'ordine familiare*" [14].

Da un punto di vista civilistico, invece, la legge 47/48, all'art. 11, stabilisce che "sono civilmente responsabili in solido con gli autori del reato, e fra di loro, il proprietario della pubblicazione e l'editore"; più esattamente in essa si precisa che il proprietario e l'editore rispondono per intero nei confronti del danneggiato, vantando un diritto di regresso nei confronti degli altri obbligati con riferimento al grado di responsabilità di ogni singolo soggetto. Ulteriore elemento di innovazione è poi rappresentato dall'inserimento dell'istituto della rettifica, inteso quale mezzo di tutela del diritto alla propria reputazione e del diritto ad essere informati correttamente: l'art. 8 della legge 47/48 prevede, infatti, l'obbligo a carico del direttore di pubblicare le dichiarazioni di soggetti i quali si ritengano lesi da una notizia o da un'immagine offensiva della loro dignità o contraria a verità [15].

Questa legge, pur con i limiti che la dottrina ha evidenziato sin dal primo momento, ha certamente avuto il merito di disciplinare, nel rispetto dell'art. 21 Cost., il mezzo di informazione più importante in quel momento storico; l'evoluzione tecnologica ha tuttavia mutato ben presto il quadro complessivo con l'affermarsi, nel giro di pochi decenni, di altri *mass media*, la televisione prima e i siti di informazione *on line* dopo.

Per quanto concerne la televisione - oggetto, come è noto, di un incessante "dialogo" tra legislatore e Corte Costituzionale -, occorre attendere la Legge di riforma della Rai del 1975 e, in seguito, la Legge Mammì, per avere una prima definizione e disciplina della "testata giornalistica televisiva" che solo in parte ricalca quella di stampa cartacea [16].

In particolare, vengono introdotti, sulla falsa riga di quanto previsto dalla legge 47/1948, l'obbligo di registrazione per le testate televisive e una "particolare" ipotesi di rettifica e di imputabilità del direttore che si differenzia da quella prevista per il direttore di un giornale cartaceo. Infatti, l'art. 30 della legge 223/90, riprendendo solo in parte quanto previsto dall'art. 57 c.p., fa ricadere la responsabilità per i reati commessi a mezzo di trasmissioni radiofoniche o televisive non sul direttore responsabile ma sul "*concessionario privato o la concessionaria pubblica ovvero la persona da loro delegata al controllo della trasmissione*". Ciò comporta quindi che, non essendo estendibile analogicamente in *malam partem* quanto previsto dall'art. 57 c.p., poiché il reato di diffamazione non può essere configurato a titolo colposo, i soggetti in questione risponderanno solo ed esclusivamente secondo i principi generali previsti dall'ordinamento. Inoltre, la facoltà concessa ai concessionari di avvalersi di delegati comporta l'espresso spostamento in capo a questi ultimi delle ipotesi di imputabilità, possibilità vietata al direttore responsabile che infatti non può spostare, con delega di funzioni, la responsabilità nella sfera del delegato [17].

L'introduzione della nozione di testata giornalistica televisiva, al di là dei singoli aspetti, presenta comunque una importanza di carattere generale, perché segna il superamento del legame tra informazione e giornale cartaceo. Infatti, una volta messo in secondo piano il requisito della "fisicità", elemento caratterizzante della stampa cartacea, l'attenzione del legislatore si sposta sulla finalità informativa dell'attività svolta, che diviene il vero elemento caratterizzante dell'attività giornalistica e i cui elementi essenziali si sostanziano nei caratteri dell'attendibilità, pertinenza, continenza ed imparzialità da qualsiasi altro tipo di informazione.

Ciò ha consentito - anche sotto la spinta di alcune pronunce giurisprudenziali chiamate a dirimere controversie in materia e con l'affermarsi dell'utilizzo della rete Internet - di inserire, o almeno di tentarvi, nell'alveo dell'informazione professionale anche quei siti che svolgevano una attività informativa di tipo giornalistico. In tal senso dispone la legge 62/01 ed il successivo intervento legislativo del 2003 [18].

Anche per questo motivo l'approvazione della legge del 2001 è sembrata il frutto di una precisa scelta legislativa, laddove l'art. 1 comma 1 definisce editoriale il "*prodotto realizzato su supporto cartaceo, ivi compreso il libro, o su supporto informatico destinato alla pubblicazione o, comunque, alla diffusione di informazioni presso il pubblico con ogni mezzo, anche elettronico, o attraverso la radiodiffusione sonora o televisiva, con esclusione dei prodotti discografici o cinematografici*", estendendo alla disciplina dello stesso alcune norme della legge 47/48 e precisamente: l'art 2, il quale definisce le indicazioni obbligatorie che si devono trovare sugli stampati e

l'art 5 che prevede l'obbligo di registrazione per i giornali presso le cancellerie dei tribunali di competenza [19].

Inoltre, come è noto, la prima interpretazione di questa novella aveva portato a ritenere che essa obbligasse "tutti" i siti con finalità informativa ad indicare il luogo e l'anno della pubblicazione, nonché il nome e il domicilio dello stampatore [20] e, se esistente, l'editore e a registrarsi presso la cancelleria del Tribunale competente per territorio [21]. Numerose, però, erano state le critiche rivolte a questa legge sia da parte degli operatori telematici e degli utenti, che ritenevano che questo intervento legislativo ponesse in essere una limitazione della libertà di manifestazione del pensiero in internet, sia da parte dalla dottrina.

Anche in seguito a tali perplessità, il legislatore ha previsto una ridefinizione parziale della disciplina [22]. Infatti, con la legge 39/02 [23], la c.d. legge comunitaria 2001, all'art. 31 è stato previsto che "deve essere esplicito che l'obbligo di registrazione della testata editoriale telematica si applica esclusivamente alle attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001 n. 62, o che comunque ne facciano specifica richiesta, con l'esplicita previsione che i soggetti non interessati a tali fondi possano omettere di conformarsi alle previsioni della legge del 2001 e "diffondere liberamente informazioni su internet, senza essere sottoposto ai controlli amministrativi ed alla applicazione delle norme penali sulla stampa" [24]. Conseguenza di tale previsione è stato il d.lgs. 70/03, il cui art. 7, ridimensionando quanto era stato previsto dalla legge 62/01, statuisce che "la registrazione della testata editoriale telematica è obbligatoria esclusivamente per le attività per le quali i prestatori del servizio intendano avvalersi delle provvidenze previste dalla legge 7 marzo 2001 n. 62" [25], con la conseguenza che, come è stato sottolineato, l'unico scopo realmente raggiunto dalla legge 62/01 è stato di carattere meramente economico, visto che la stessa è stata definita come "mero strumento di concessione di provvidenze o agevolazioni pubbliche alle testate *on line*" [26].

### **3.1: Blog, forum e giornalismo partecipativo.**

L'introduzione della nuova disciplina ha da un lato certamente risolto il dubbio che la giurisprudenza aveva manifestato negli anni '90 circa la possibilità di attribuire ad un sito internet la qualificazione di "giornale", dall'altro ha però aperto la strada ad un ulteriore filone giurisprudenziale, senza dubbio minoritario, volto a verificare l'estensione ai siti internet della restante disciplina contenuta nella legge 47/48.

In altri termini, da un lato è parsa affermarsi una finalità informativa sostitutiva della nozione di stampa cartacea, dall'altra, e al contrario, si è posto il problema dell'estendibilità a questa nuova realtà della normativa stessa e in particolare delle norme penali. Il dibattito tra gli studiosi presenta orientamenti diversi, al pari della giurisprudenza, dove tuttavia sembra prevalere la tesi della non equiparazione tra uno scritto *on-line* ed uno scritto cartaceo [27].

In assenza di una disciplina normativa specifica, la giurisprudenza, sia di merito [28] che di legittimità [29], sta infatti svolgendo il compito di dirimere le controversie in materia attraverso un'attività di ricognizione, con l'obbligo, imposto dal legislatore costituzionale e da quello ordinario, di non andare ad intaccare l'equilibrio tra libertà di manifestazione del pensiero, diritto di informazione e diritti della personalità.

Anche in merito all'iscrizione di una testata giornalistica *on-line* nel registro dei giornali periodici, novità prevista dalla legge del 2001, permangono aspetti problematici dovuti alla poca chiarezza dell'intervento legislativo, oggetto di interventi giurisprudenziali attraverso i quali si è palesata l'impossibilità di assimilare un sito Internet ad uno stampato, escludendo quindi l'informazione *on-line* dal concetto di stampa [30].

L'orientamento seguito in materia è stato ben sintetizzato nella considerazione espressa dalla Suprema Corte, in base alla quale il diritto deve adeguarsi alle nuove tecnologie *"ma da questo assunto non può farsi derivare che i nuovi mezzi di comunicazione del proprio pensiero possano, tutti in blocco, solo perché tali, essere inclusi nel concetto di stampa prescindendo dalle caratteristiche specifiche di ciascuno di essi"* [31].

La giurisprudenza, se per la determinazione di alcuni elementi caratterizzanti l'attività *on line* ha utilizzato il principio di analogia, individuando quali fattori fondamentali la periodicità regolare, il titolo identificativo e l'oggetto dell'attività, nelle proprie pronunce ha più volte sollecitato un intervento legislativo chiaro e specifico capace di disciplinare l'informazione professionale *on-line* e soprattutto la responsabilità riconducibile al direttore di un giornale *on-line*, onde garantire il principio di tassatività in materia penale.

La problematica inerente alla possibile equiparazione della stampa *on line* alla stampa cartacea si estende inoltre anche a quei siti che svolgono attività informativa di tipo giornalistico ma che giuridicamente non possono essere considerati tali, alla luce della già citata l. 62/01. Si tratta del fenomeno del c.d. *citizen journalism*, che si caratterizza per la "partecipazione attiva" dei lettori, grazie alla natura interattiva dei nuovi media e alla possibilità di collaborazione di un numero elevatissimo di utenti della rete [32]. Questa particolare tipologia di giornalismo si distingue dalle altre perché non è formalmente previsto un controllo preliminare delle informazioni ricevute, passaggio quasi obbligato nelle altre forme di giornalismo.

I due principali strumenti utilizzati dai *citizen journalist* sono il *blog* e il *forum*, anche se deve riconoscersi la crescente rilevanza dei social network in questo settore.

Il *blog* negli ultimi anni è diventato un mezzo di informazione molto importante, anche per la tendenziale professionalità con il quale sono gestiti questi siti. Il *blogger*, infatti, di regola pubblica un proprio *post*, sovente frutto di una attenta attività ricostruttiva di un fatto o espressiva di un'opinione, e lo apre al commento dei propri lettori; oppure ospita i *post* di coloro che vogliono esprimere la propria opinione in merito ad un determinato fatto [33].

A differenza del responsabile del *forum* in cui non è previsto un controllo preventivo di quanto pubblicato, il responsabile del *blog* può visionare preventivamente quanto pubblicato sul proprio *blog*, con la possibilità di rimuovere il materiale ritenuto diffamatorio. Ciò rende particolarmente problematica la determinazione della responsabilità del blogger stesso in presenza di articoli o commenti scritti da altri. Secondo alcuni autori e parte della giurisprudenza in questi casi il blogger concorre nel reato di cui all'art. 595 del codice penale insieme alla persona che ha redatto il *post* stesso. Peraltro, la possibilità di selezionare i commenti da pubblicare consente al blogger sia di tutelarsi sia di imprimere alla propria attività informativa una specifica linea editoriale. Secondo altro orientamento, il blogger è invece responsabile solo di ciò che scrive personalmente, escludendo quindi ogni possibile equiparazione del *blogger* ad un direttore responsabile di una testata giornalistica, che è responsabile per i contenuti presenti nelle pagine del giornale o del sito, *“per cui il gestore di un blog risponde personalmente solo dei post a lui direttamente riconducibili”* [34].

A differenza del *blog*, il *forum* può essere inteso, invece, quale strumento di incontro e discussione per mezzo del quale gli utenti hanno facoltà di confrontarsi liberamente in una piazza virtuale dove non viene creata informazione, ma vengono scambiate opinioni. Non può, quindi, considerarsi quale “forma” di editoria e quindi, non essendo possibile l'applicazione delle norme in materia, si nega la configurabilità di una responsabilità da parte del *provider* assimilabile a quella del direttore di una testata giornalistica per il mancato controllo preventivo dei contenuti delle dichiarazioni formulate dagli utenti [35]. La giurisprudenza ha infatti escluso tali siti dalla nozione di stampa in virtù del principio che *“il forum altro non è che un gruppo di discussione nell'ambito del quale ogni partecipante è libero di esprimere la propria opinione ed è tenuto ad assumere la responsabilità, senza poter invocare tutele di tipo professionale per sé o per il sito sul quale pubblica* [36].

Anche se risulta pacifico il principio in virtù del quale il gestore del *forum* non risponde di una preventiva responsabilità per *culpa in vigilando* ciò non comporta tuttavia l'inesistenza di specifici obblighi e responsabilità in presenza di determinate circostanze.

La giurisprudenza ritiene infatti legittima la pretesa di colui che si ritiene leso da un messaggio postato sul forum di chiedere informazioni al gestore dello stesso per risalire alla fonte delle dichiarazioni offensive e di pretendere la cancellazione delle stesse, anche se tale attività di individuazione della fonte dei commenti offensivi risulta non sempre agevolmente praticabile [37].

#### **4. La responsabilità del direttore di un giornale cartaceo.**

La decisione del gestore di un sito web di informazione di registrarlo presso il tribunale quale testata giornalistica comporta, tra l'altro, la necessità di indicare un giornalista professionista quale direttore, sul quale possa ricadere la responsabilità, peraltro tutta da indagare, per gli argomenti immessi o postati sul sito di cui è responsabile.

Non essendoci, al momento, un intervento da parte del legislatore che definisca e qualifichi la “eventuale” responsabilità del direttore di un giornale *on-line* o del responsabile di un sito di informazione, la giurisprudenza negli anni ha affrontato tali problematiche fissando alcuni principi, con particolare riferimento al regime sanzionatorio applicabile in caso di reati quali l’ingiuria e la diffamazione [38].

Già con sentenza 4741/00 la Corte di Cassazione ha evidenziato come l’utilizzo di un sito internet per la diffusione di immagini o scritti atti ad offendere un soggetto potesse integrare il reato di diffamazione aggravata. Al contempo però la Suprema Corte ha ricordato come “ *la diffusività e la pervasività di Internet siano solo lontanamente paragonabili a quelle della stampa ovvero delle trasmissioni televisive*”, sottolineando quindi come la diffamazione a mezzo Internet fosse grave come quella realizzata a mezzo stampa ma non includibile nella categoria della diffamazione a mezzo stampa, con l’espresso divieto quindi di utilizzare, attraverso un procedimento interpretativo analogico in *malam partem*, le disposizioni previste per la stampa per regolamentare queste nuove forme di bilanciamento tra libertà informazione e tutela della dignità individuale [39].

Nell’analizzare la responsabilità del direttore di un giornale appare infatti necessario fare riferimento al delicato rapporto che intercorre tra il “*diritto all’onore e alla reputazione*” da un lato ed il diritto di informare e di essere informati dall’altro.

Appare tuttavia importante sottolineare che di rapporto e non di contrasto si parla tra questi due diritti che in realtà sono, anche se con prospettive diverse, espressione della stessa libertà, la libertà di autodeterminazione, con la conseguenza che risulta difficile immaginare la prevalenza automatica di una libertà rispetto ad un’altra, essendo comune il fondamento [40].

Il direttore di una testata giornalistica, rappresentando una figura centrale nell’organizzazione e nello sviluppo dello stesso giornale in quanto anello di congiunzione tra “l’editore” e la redazione, svolge due delicati compiti: innanzitutto di conciliare la linea editoriale voluta dal primo con la libertà di informare riconosciuta alla seconda; in secondo luogo di verificare che l’esercizio della libertà di informazione e di formazione dell’opinione pubblica che si svolge sul suo giornale non vada a ledere in modo ingiustificato i diritti di terzi. Bilanciamento difficile ma nel quale il direttore del giornale è certamente confortato dalla giurisprudenza che, a partire dalla sentenza 8959/1984 della Suprema Corte di Cassazione, che con sentenza 8959/1984, ha ritenuto non diffamatoria l’attività giornalistica svolta nel rispetto dei criteri della “verità, pertinenza e continenza” [41].

In altri termini, solo se il giornalista avrà verificato la correttezza della notizia, avrà usato un linguaggio adeguato ed avrà diffuso notizie interessanti per la pubblica opinione, potranno essere applicate allo stesso le ipotesi previste *ex art 51 c.p.*

Premessi questi criteri, che devono essere rispettati in primo luogo dal giornalista nell’esercizio della propria attività ma che svolgono funzione di parametro anche per il direttore del giornale, appare opportuno analizzare le diverse tipologie di responsabilità - ne sono ravvisabili almeno quattro - a

carico del direttore di un giornale cartaceo tre tipologie di responsabilità in relazione alla pubblicazione di articolo che si presume essere diffamatorio. In primo luogo allo stesso può essere imputata una responsabilità diretta nel reato di diffamazione nel caso in cui egli firmi personalmente l'articolo diffamatorio, non essendoci in questo caso nessuna distinzione tra la responsabilità del giornalista analizzata in precedenza e la responsabilità del direttore.

Qualora il direttore invece ponga in essere una condotta accessoria a quella principale del giornalista, potrà configurarsi in capo al responsabile del giornale una responsabilità concorsuale con l'articolaista che ha redatto l'articolo diffamatorio. Si parlerà, in questo caso, di concorso omissivo o commissivo nel reato di diffamazione [42].

La terza forma di responsabilità imputabile al direttore del giornale è, poi, quella per colpa *ex art. 57 c.p.*, la quale ha conosciuto varie fasi e che oggi vede prevalere, sulla scia di una fondamentale sentenza della Corte Costituzionale, la teoria della *culpa in vigilando* [43].

A queste tre ipotesi di responsabilità, largamente accettate dalla giurisprudenza, se ne affianca una quarta, di natura prevalentemente dottrinale, in virtù della quale viene prevista una responsabilità del responsabile del direttore del giornale *ex art. 40 comma 2 c.p.* qualora l'articolo diffamatorio sia anonimo. In questo caso, infatti, il direttore assume una responsabilità di tipo diretto, venendo considerato alla stregua dell'autore del pezzo diffamatorio [44]. Si tratta, come appare evidente, di una situazione problematica, dal momento che il direttore non è l'autore dell'articolo, decide comunque di pubblicarlo garantendo l'anonimato dell'autore e ritenendo soddisfatti i requisiti di verità, pertinenza e continenza.

Da qui la necessità di consiliare principi del diritto penale, primo fra tutti la personalità, con la tutela della persona lesa dall'articolo diffamatorio che ha portato la dottrina a formulare ipotesi diverse. Da alcuni autori si è ritenuto che il direttore sia immune da responsabilità; secondo altri invece egli deve essere ritenuto responsabile ai sensi dell'art 57 c.p. vista l'impossibile individuazione dell'autore del reato. Tale conclusione è stata però messa in discussione da quanti sostengono che l'art 57 c.p. sia strutturalmente inapplicabile al caso considerato, ritenendo sussistente, in questo particolare caso, un' ipotesi di responsabilità diretta o al massimo una ipotesi di responsabilità concorsuale nel reato altrui [45]. Secondo altri, poi, dovrebbe rispondere a titolo di responsabilità concorsuale nell'articolo anonimo-diffamatorio [46].

Tale ultimo orientamento ha trovato riscontro nella sentenza della Corte di Cassazione, con la quale si è stabilito che *“la pubblicazione di un articolo senza nome comporta l'attribuzione dell'articolo al direttore responsabile per la sua consapevole condotta volta a diffondere lo scritto diffamatorio”* [47].

## 5. La responsabilità del direttore di un giornale *on line*.

Come prima rilevato, in mancanza di un intervento legislativo *ad hoc*, il *forum* ed il *blog*, pur rientrando a pieno titolo nella categoria dei mezzi di comunicazione, non possono essere equiparati alla stampa con la conseguenza che non sono applicabili agli stessi le norme previste dalla legge 47/48 in materia di responsabilità.

Per quanto riguarda invece i giornali telematici registrati tale esclusione non può essere scontata, con la conseguenza che occorre analizzare, se possibile, i profili di responsabilità del suo direttore dal momento che non sembra essere contestata in nessuna sede la responsabilità del giornalista autore di un articolo diffamatorio pubblicato *on line* [48].

Poiché in materia manca un intervento legislativo *ad hoc*, gli unici riferimenti, al momento, sono le sentenze di merito e di legittimità, peraltro divergenti, volte a risolvere specifiche controversie.

L'Ufficio Indagini Preliminari di Milano, infatti, l'11 dicembre 2008 ha previsto che *"nel caso di pubblicazione di giornale on-line, considerata l'interpretazione estensiva della definizione di stampa periodica di cui all'art 57 c.p. ed attesa l'evoluzione dello specifico concetto alla stregua del progresso tecnologico e della creazione della rete internet, deve ritenersi sussistente l'aggravante della diffamazione a mezzo stampa e la configurabilità della responsabilità del direttore responsabile fungendo il medesimo da garante della pubblicazione periodica, non solo cartacea ma anche on line. La pubblicazione di giornale on-line, e non riduttivamente e semplicisticamente di pagine web in appositi siti nel qual caso si applicherebbe sempre l'aggravante ex art 595 c.p. ma sub specie di qualsiasi altro mezzo di pubblicità, risulta del tutto assimilabile al giornale cartaceo costituendone la versione telematica e consistendo, quest'ultima, solo in una particolare forma della prima"* [49].

Seguendo l'orientamento dell'ufficio milanese, anche il Tribunale di Firenze ha previsto che *"è configurabile il reato di diffamazione a mezzo stampa quando la divulgazione delle notizie lesive avvenga tramite una testata telematica, stante l'applicabilità a tali fattispecie della disciplina sulla stampa, e stante la riforma della nuova legge sull'editoria che ha esteso la definizione di prodotto editoriale alle pubblicazioni divulgate con il mezzo elettronico. Qualora la diffamazione avvenga tramite commenti inseriti on-line dei quali sia ignoto l'autore, il direttore responsabile della testata telematica risponde del reato di diffamazione, ove le affermazioni lesive rimangano in rete per un lasso di tempo sufficiente ad esercitare il dovuto controllo"* [50].

Di diverso avviso è la giurisprudenza di legittimità che, anche se ha evidenziato che sussistano evidenti analogie tra la stampa tradizionale e gli scritti pubblicati in Internet ed ammesso il maggior danno provocato da notizie diffamatorie diffuse attraverso i siti *web*, ha tuttavia stabilito che la possibile consultazione di informazioni in internet non trasforma di per sé tali mezzi di comunicazione in stampa [51]. La Suprema Corte ne deduce che il direttore di un giornale *on line* sia assimilabile al *provider*, oppure al

coordinatore di un *blog*, con espresso riferimento quindi alla mancata possibilità di essere chiamato a rispondere del reato di diffamazione.

In questa sentenza, la Suprema Corte evidenzia come si possa parlare di “stampa in senso giuridico” qualora sussistano due condizioni imprescindibili: deve esservi una riproduzione tipografica ed il prodotto di tale attività debba essere destinato alla pubblicazione e quindi debba essere effettivamente distribuito tra il pubblico [52]. Di conseguenza, per i giudici di legittimità, non è possibile applicare quanto previsto dall’art. 57 c.p. al direttore di un giornale *on line* non potendo lo stesso rispettare il precetto normativo visto che non è riscontrabile il collegamento psichico tra le condotte del soggetto astrattamente punibile e l’evento verificatosi e lo stesso nesso di causalità.

Risulta interessante sottolineare come nella sentenza venga evidenziata l’impossibilità di estendere la disciplina dell’art. 57 c.p., norma che, giova ricordarlo, si riferisce esclusivamente alla informazione diffusa tramite carta stampata, anche in considerazione della “*implicita voluntas legis, atteso che, da un lato, risultano pendenti diverse ipotesi di estensione della responsabilità ex art. 57 c.p. al direttore del giornale telematico (il che costituisce ulteriore riprova che ad oggi tale responsabilità non esiste) , dall’altro va pur rilevato che il legislatore è effettivamente intervenuto, negli ultimi anni, sulla materia senza minimamente innovare sul punto*” [53].

A simile conclusione arriva sempre la Suprema Corte con la sentenza 44126/11, con la quale viene sottolineato nuovamente il principio giurisprudenziale secondo cui non è possibile applicare la disciplina prevista dall’art. 57 c.p. al periodico *on line*, con l’espressa conseguenza che il direttore di tale testata non possa rispondere quindi di omesso controllo, necessario ad impedire la commissione del reato di diffamazione aggravata perpetrato attraverso la pubblicazione di un commento lesivo della dignità altrui da parte di un lettore [54].

## **6. Le prospettive di riforma della responsabilità del direttore di testata giornalistica nel progetto di legge S1119.**

La giurisprudenza della Suprema Corte appena citata sottolinea un elemento che non può che essere condiviso, ossia l’impossibilità di estendere analogicamente la normativa prevista per un *mass media* definito, quale appunto è la stampa, ad un altro *media* qual è il *web*.

Le diverse pronunce che si sono susseguite hanno definito un quadro non univoco, a partire dalla controversa riconducibilità di un giornale *on line* registrato nel novero dei generici siti *internet*, oppure in quello dei “giornali”, quindi come mezzi di informazione professionale che, anche se presentano caratteristiche “fisiche” diverse da quello cartaceo, ne condividono la medesima finalità informativa. Peraltro, la riconduzione, ad oggi prevalente, dei giornali *on line* alla categoria generale dei siti *internet* rende problematico motivare la loro iscrizione nel registro dei periodici e il conseguente accesso degli stessi ai fondi pubblici per l’editoria, che giova

ribadire hanno lo scopo di consentire il massimo pluralismo nel settore dell'informazione professionale.

Al tempo stesso il vuoto normativo in materia rende difficile definire se quanto pubblicato su un giornale *on line* registrato sia un "articolo", equiparabile a quello pubblicato su un qualsiasi giornale cartaceo, o sia un *post*, e debba quindi seguire la disciplina prevista per i *blog*: nel primo caso, infatti, in presenza di un articolo diffamatorio, non sembra contestabile sia che l'autore dello stesso debba essere assoggettato alle stesse norme previste per il giornalista della carta stampata, sia, in caso di articolo diffamatorio anonimo o firmato con nome di fantasia, vista l'impossibilità di identificare l'autore dell'articolo, che il direttore della testata *on line* ne acquisti la "paternità". Se invece si vuole intendere l'articolo *on line* come un *post*, equiparando la stampa *on line* ai mezzi di informazione quale il *blog*, tale equiparazione non è possibile, con le lacune nelle garanzie di terzi sulle quali ci si è già soffermati [55].

I dubbi in merito alla responsabilità del direttore di una testata *on line* in caso di articolo diffamatorio potrebbero ora trovare finalmente soluzione con l'approvazione definitiva del progetto di legge S119 (*Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante*), che già superato il vaglio della Camera, attualmente in discussione al Senato, dove ha completato l'iter in Commissione.

Un primo, importante, elemento di innovazione contenuto nel progetto di legge è l'aggiunta all'art. 1 della l. 47/1948 della disposizione che estende la disciplina della legge stessa anche alle testate giornalistiche televisive e, per la parte che qui interessa, ai giornali *on line* registrati [56]. Con riferimento a questi ultimi la previsione normativa introduce due elementi di grande interesse: innanzitutto l'estensione a questi ultimi dell'*intera* legge 47/1948 e quindi, se il progetto verrà approvato con questo testo, di tutti gli istituti in essa contenuti [57]; in secondo luogo, dando valore normativo a quanto espresso da prevalente giurisprudenza in materia, viene operata una scissione tra contenuti immessi dalla redazione ("*limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni*", per usare le parole del legislatore), sui quali quindi è attivabile la responsabilità dei giornalisti e del direttore, e commenti inseriti dagli utenti (considerati "terzi non professionisti"), dei quali questi ultimi restano gli unici responsabili, nella misura in cui si riesca ad individuarli. Nulla infatti viene comunque detto nel progetto di legge in materia di commenti anonimi.

Il progetto di legge opera tale distinzione tra contenuti redazionali e commenti degli utenti con particolare riferimento a due aspetti: la rettifica e la responsabilità del direttore.

Per quanto concerne la rettifica, come è noto, sia la legge 47/48 in materia di stampa che la legge 223/90, in materia di radiotelevisione, hanno disciplinato in maniera dettagliata tale istituto.

L'art 8 della legge 47/48, infatti, obbliga il direttore del giornale a far pubblicare le rettifiche, non oltre due giorni da quello in cui è avvenuta la

richiesta, gratuitamente, sul quotidiano, sul periodico o nell'agenzia di stampa, nella stessa pagina del giornale che ha riportato la notizia a cui si riferiscono.

Per quanto riguarda invece la materia radiotelevisiva, l'art 10 della legge 223/90, considerando i direttori dei telegiornali e dei giornali radio quali direttori responsabili, espressamente stabilisce che agli stessi si applicano le stesse norme previste dalla legge sulla stampa in materia, prevedendo che la rettifica debba essere effettuata entro quarantotto ore dalla ricezione della richiesta, durante la fascia oraria e con lo stesso rilievo della trasmissione che ha dato origine alla lesione.

I siti di informazione *on line* invece non sono obbligati sino ad oggi alla rettifica, anche se per una maggiore tutela dei soggetti lesi da notizia pubblicate su tali siti, il Garante della Privacy, con decisione 24 gennaio 2013 ha stabilito l'obbligo per questi siti di predisporre, nell'ambito dell'archivio storico *on line*, un sistema idoneo a segnalare l'esistenza di sviluppi delle notizie pubblicate, introducendo quindi l'obbligo di aggiornamento dell'archivio storico del sito volto ad avere la stessa funzione della rettifica in materia di stampa e radiotelevisione.

Nel progetto di legge in esame, la distinzione tra i diversi tipi di testata giornalistica cadrà e la rettifica dovrà essere pubblicata senza commento e risposta menzionando il titolo, la data e l'autore dell'articolo diffamatorio con l'obbligo per il direttore di informare della richiesta l'autore del servizio.

Con specifico riferimento, invece, al profilo della responsabilità del direttore e del vice direttore, viene riformulato e adeguato il contenuto dell'art 57 c.p. dal momento che, tenendo conto delle nuove modalità con cui possono essere commessi i reati (*con altri mezzi di diffusione*), rafforza il nesso di causalità tra i doveri di vigilanza del direttore e i delitti commessi.

Il testo vigente dell'art 57 c.p. fa infatti riferimento, nella rubrica e nello stesso testo, alla sola stampa periodica, che nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, come ricordato, viene letta come "giornale cartaceo". La proposta di legge, invece, già nella rubrica parla espressamente di "stampa" (che rimane quindi solo cartacea) e di "diffusione radiotelevisiva o con altro mezzi di diffusione", evidenziando così come tutti i *mass media*, per i quali sia prevista la figura del direttore, sono assoggettati alla medesima disciplina, in termini di responsabilità.

Il testo del riformando art. 57 è peraltro ancora più specifico, in quanto prevede che *"il direttore e il vice direttore responsabile del quotidiano, del periodico o della testata giornalistica, radiofonica o televisiva o della testata giornalistica on line registrata ai sensi dell'art 5 della legge 8 febbraio 1948 n. 47, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati o trasmessi dalle stesse redazioni, risponde dei delitti commessi con il mezzo della stampa, della diffusione radiotelevisiva e con altri mezzi di diffusione se il delitto è conseguenza della violazione dei doveri di vigilanza sul contenuto della pubblicazione"*.

Anche riformando l'intero dettato della disposizione, il legislatore ha lasciato, comunque, inalterata la natura della responsabilità del direttore e del suo vice. Infatti, pur essendo scomparsa la locuzione *"il quale omette di*

*esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario*", il riferimento ai doveri di vigilanza, propri della figura del responsabile della testata e del suo vice, resta, senza dubbio, elemento costitutivo e fondamentale per le ipotesi di responsabilità per omesso controllo, addebitabile agli stessi soggetti [58].

Al riguardo, il progetto di legge, innovando la normativa vigente, esclude l'applicazione della pena detentiva e aumenta l'importo delle pene pecuniarie [59]. Nello specifico la pena detentiva viene sostituita da una multa, in caso di attribuzione di un fatto determinato, associata all'obbligo della pubblicazione della sentenza. In questo progetto di legge sono previste inoltre anche particolari sanzioni di carattere disciplinare. In caso di recidiva, infatti, è prevista la possibilità che il direttore venga temporaneamente interdetto dall'esercizio della professione.

Con particolare riguardo alla figura del direttore del giornale, secondo questa proposta, fuori dai casi di concorso con l'autore del servizio, lo stesso non risponde più a titolo di colpa ma solo se vi è un nesso di causalità tra omesso controllo e diffamazione: in questo caso la pena può essere in ogni caso ridotta di un terzo [60].

Da questa, seppur breve, disamina del progetto di legge emerge l'elemento, certamente positivo, della equiparazione della stampa *on line* alle altre forme di informazione professionale, sottolineando così come essa rappresenti oggi un mezzo importante mediante il quale si forma l'opinione pubblica. In questo modo, inoltre, viene anche rispettato dal nostro Stato l'obbligo, presente nel preambolo del capo II della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, di *"rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici"* [61].

Se definitivamente approvato, il progetto, al di là di ogni altra considerazione, si presenta idoneo ad operare una nuova, diversa distinzione tra informazione professionale e non professionale, slegandola dal mezzo utilizzato e legandola alla finalità informativa. In quest'ottica, ancora una volta verrà confermata l'attualità dell'art. 21 della Costituzione che tale distinzione aveva voluto nettamente affermare, distinguendo tra disciplina della manifestazione del pensiero di "tutti" e informazione professionale, allora circoscritta alla carta stampata e oggi propria di tutti i mass media.

---

Note:

[\*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

[1] Il riferimento è alla Proposta di legge presentata alla Camera dei Deputati (C. 925) recante come titolo *"Diffamazione a mezzo della stampa o di altro mezzo di diffusione"* ed ora in discussione al Senato (S 1119) . Il disegno di legge, se approvato, non porterà comunque alla depenalizzazione dei reati contro l'onore, diversamente da quanto viene richiesto da molti in sede politica e dottrinale.

[2] Ne è esempio l'*Habeas Corpus*, all'interno del quale, si inizia già a parlare di "libertà di manifestazione del pensiero". Mentre in Inghilterra, grazie all'emanazione di tale fondamentale testo, si inizia ad intravedere, anche se in maniera generica, una tutela della libertà di pensiero, negli Stati Uniti ed in Francia, che sono divenuti nel XIX secolo modelli di riferimento, è solo dopo la rivoluzione americana e quella francese, e quindi con l'avvento della Costituzione Americana e della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo in Francia, che tali diritti hanno ricevuto una tutela specifica. Il "modello" americano, che trova formalizzazione nel 1° Emendamento della Costituzione del 1787, indica la libertà di espressione quale fattispecie preesistente alla sua costituzionalizzazione che dunque non è sottoponibile ad alcuna forma di limitazione, se non da parte di un giudice. L'"esempio" francese, che trova invece estrinsecazione nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 e nella Costituzione del 1791, pone invece le sue basi nella stretta ed intima connessione sussistente tra diritti di libertà e norma, definendo la Costituzione e la legge del Parlamento quali mezzi necessari per creare un punto di equilibrio tra libertà e potere autoritativo. All'art. 11 la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo infatti statuisce che "La libera comunicazione dei pensieri e delle opinioni è uno dei diritti più preziosi dell'uomo: tutti i cittadini possono dunque parlare, scrivere, stampare liberamente, salvo a rispondere dell'abuso di questa libertà nei casi determinati dalla legge". Nel Titolo I delle Disposizioni fondamentali garantite dalla Costituzione viene statuito che "La Costituzione garantisce parimenti come diritti naturali e civili: La libertà di ogni uomo di parlare, di scrivere, di stampare e di pubblicare i suoi pensieri, senza che gli scritti possano essere sottoposti ad alcuna censura né ispezione prima della loro pubblicazione". Tale equilibrio è il frutto del richiamo all'affermazione costituzionale della libertà in oggetto, al categorico divieto di interventi preventivi volti al condizionamento dell'esercizio di suddetta libertà ed infine alla possibilità da parte del legislatore di definire la nozione di "abuso" da cui far discendere conseguentemente l'intervento del giudice. Successivamente, come è noto, il modello francese, di matrice rigorosamente positivista, fu di esempio per lo Statuto Albertino del 1848, che anche se si presentò come intervento legislativo a carattere generale, fu senza dubbio il primo che andò a regolare la libertà di manifestazione del pensiero in Italia.

[3] Cfr. art. 28 Statuto Albertino secondo il quale "La Stampa sarà libera, ma una legge ne reprime gli abusi. Tuttavia le bibbie, i catechismi, i libri liturgici e di preghiere non potranno essere stampati senza il preventivo permesso del Vescovo".

[4] La legge del 1859, andando a definire i compiti dell'autorità pubblica di sicurezza in materia modificò sensibilmente la *ratio* dell'Editto sulla stampa. In particolare la novità senza dubbio più importante in materia fu l'introduzione di un'autorizzazione obbligatoria che doveva essere rilasciata allo stampatore per l'esercizio della propria attività da parte della polizia ed il sequestro preventivo che poteva essere disposto anche dall'Autorità di Pubblica Sicurezza. Con la legge 278/1906, il legislatore limitò poi l'utilizzo del sequestro preventivo solo ai casi di violazione del buon costume e del

mancato rispetto dell'obbligo di deposito delle tre copie presso l'autorità pubblica; questo intervento legislativo fu tuttavia vanificato dallo scoppio della prima guerra mondiale, in conseguenza della quale la libertà di stampa subì nuovamente restrizioni. Cfr. sul punto P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Il Mulino, 2011, 22.

[5] Cfr. sul punto G. Lazzaro, *La libertà di stampa in Italia: dall' Editto albertino alle norme vigenti*, Mursia, 1969; P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 424 ss.; G. Ponzio, *Le origini della libertà di stampa in Italia, (1846-1852)* Giuffrè, 1980, 315 ss 387 ss.; S. Grassi, *Informazione (libertà di)*, in *Nuov. Dig. It, App.* vol IV, 1983; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984; A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Giuffrè, 1989; P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit., 35.

[6] Per quanto riguarda la stampa, la Costituzione, come è noto, ne amplia la garanzia stabilendo l'impossibilità di sottoporre la stessa ad autorizzazione, censura e sequestro preventivo se non per i casi espressamente previsti dalla legge sulla stampa.

[7] La dottrina e la giurisprudenza costituzionale si sono ampiamente interessate di quest'ultimo diritto evidenziando come esso disciplini al di là della possibile interpretazione, situazioni giuridiche diverse. Sono infatti desumibili dal testo dell'art. 21 cost. varie modalità di espressione della propria opinione, ognuna delle quali riceve accurata attenzione da parte del Costituente. Si pensi, ad esempio, alla tutela del pensiero espresso per finalità ludiche, artistiche, il diritto ad informare professionalmente e non, il diritto di essere informati.

Due tra le diverse situazioni giuridiche soggettive previste dall'art 21 cost. rilevano in modo particolare in questa sede: il diritto di essere informati e la libertà di informazione professionale. In particolare, per quanto concerne la libertà di stampa, accanto allo specifico riconoscimento del diritto di informare, la Carta pone le basi per la definizione di un diritto ad essere informati, inteso quale diritto del cittadino a ricevere una informazione quanto più possibile completa ed imparziale, affidando quindi allo Stato il ruolo di garante della corretta realizzazione della libertà di espressione da parte dei singoli ed il pluralismo delle fonti informative.

L'analisi dell'art 21 permette, senza dubbio, come accennato in precedenza, di individuare in esso un chiaro riferimento anche alla libertà di informazione professionale. Al 2° comma dello stesso articolo, infatti, analizzando le tutele per la libertà di stampa, espressione principale della libera manifestazione del pensiero, il Costituente ha fissato tre principi fondamentali quali quello del divieto di autorizzazione o censura, il divieto di ricorrere all'istituto del sequestro se non in casi del tutto eccezionali e l'obbligo per le case editrici di rendere noti i loro mezzi di finanziamento. La disposizione, di matrice garantista, prevista in materia di autorizzazione e censura viene poi confermata dalla disciplina del sequestro degli stampati. Il terzo comma dell'art. 21 infatti prevede, inoltre, espresse garanzie per l'istituto del sequestro basate su un'ipotesi di una riserva di legge e di una riserva di giurisdizione. Con la previsione di cui al quinto comma invece, oggetto di

tutela è il c.d. principio di trasparenza delle fonti di finanziamento, il quale ha assunto con il passare del tempo rilevanza sempre maggiore, fino ad assumere il ruolo di vera e propria forma di tutela non solo di chi informa, ma anche di chi riceve informazioni. Ne dà conferma la stessa Corte costituzionale che, nella sentenza n. 84 del 1969, ha definito la manifestazione del pensiero “ *pietra angolare della democrazia*” a prescindere dalle modalità di espressione dello stesso. Cfr. sul punto G. Cuomo, *Libertà di stampa e impresa giornalistica nell’ordinamento costituzionale*, Jovene, 1956; S. Fois, *Principi costituzionali e libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1957; P. Barile, *Le libertà nella Costituzione*, Cedam, 1966, 181 ss.; C. Chiola, *L’informazione nella Costituzione*, Cedam, 1973; A. Pace- M. Manetti, *Rapporti civili. Libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Il Mulino, 2006.

[8] Infatti il paragrafo 1 dell’art 10 C.E.D.U. afferma che “ *Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione. Tale diritto include la libertà d’opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera*”. L’art 11 C.E.D.U. invece statuisce che “*Ogni persona ha diritto alla libertà di espressione, Tale diritto include la libertà di opinione e la libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche e senza limiti di frontiera. La libertà dei media e i loro pluralismi sono rispettati*”

[9] Cfr. *Sunday Times c Regno Unito*, 26 novembre 1991; *Observer e Guardian c Regno Unito*, 26 novembre 1991, *Vogt c Germania*, 26 settembre 1995; *Fressoz e Roire c Francia*, 21 gennaio 1999. Sul punto, più ampiamente cfr. R. Mastroianni, *La direttiva sui servizi media audiovisivi e la sua attuazione nell’ordinamento italiano*, Giappichelli, 2011, 30; G. Strozzi, *La libertà di informazione nel diritto internazionale*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, in *Scritti in onore di Paolo Barile*, Padova, 1990.

[10] Il concetto di “cane da guardia delle istituzioni”, citato in alcune sentenze delle Corti sovranazionali in riferimento al ruolo dell’informazione, è stato ripreso anche dalla Corte di Cassazione, che ha ribadito in due recenti decisioni la funzione peculiare della stampa per la divulgazione dei temi di pubblico interesse. Corte di Cassazione 21 febbraio 2007 n° 25138 in *Cass. pen. 2008*, 7-8, 2882 e Corte di Cassazione 9 febbraio 2011 n° 15447 in *Guida al diritto 2011*, 26, 88.

[11] Giova precisare, però, che già prima della Carta di Nizza, la Corte di Giustizia aveva riconosciuto la tutela prevista per la libertà d’espressione come principio generale frutto della C.E.D.U. e delle tradizioni costituzionali, anche se la stessa veniva interpretata da un punto di vista funzionalistico con particolare riferimento agli obiettivi del mercato comune. Sul punto più ampiamente, cfr. P. Caretti, *Diritto dell’informazione e della comunicazione*, cit., 37. Si veda inoltre, tra gli altri P. Costanzo, *Informazione nel diritto costituzionale*, in *Digesto disc. Pubbl.*, VIII, 1993; G. Corasaniti, *Diritto dell’informazione*, Padova, 1999; P. Costanzo *Stampa (Libertà di)*, in *Digesto disc. Pubbl.*, XIV, 1999; AA.VV. *Percorsi di diritto dell’informazione*, Torino, 2006.

[12] Cfr. P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, cit, 53.

[13] Cfr. sul punto G. Cuomo, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica nell'ordinamento costituzionale*, cit.; C. Mortati, *La libertà di stampa in regime democratico*, in *Raccolta di scritti*, vol III, Giuffrè, 1973; A. Baldassare, *Libertà di stampa e diritto all'informazione nelle democrazie contemporanee*, in *Politica del Diritto*, 1986.; L. Paladin, *Libertà di pensiero e libertà di informazione: le problematiche attuali*, in *Quad. cost.*, 1987; G. Corasaniti, *Diritto dell'informazione*, Cedam, 1999.

[14] Cfr. Art. 14 e 15 Legge 8 febbraio 1948 n° 47: Art. 14 - (Pubblicazioni destinate all'infanzia o all'adolescenza) : Le disposizioni dell'art. 528 del Codice penale si applicano anche alle pubblicazioni destinate ai fanciulli ed agli adolescenti, quando, per la sensibilità e impressionabilità ad essi proprie, siano comunque idonee a offendere il loro sentimento morale od a costituire per essi incitamento alla corruzione, al delitto o al suicidio. Le pene in tali casi sono aumentate. Le medesime disposizioni si applicano a quei giornali e periodici destinati all'infanzia, nei quali la descrizione o l'illustrazione di vicende poliziesche e di avventure sia fatta, sistematicamente o ripetutamente, in modo da favorire il disfrenarsi di istinti di violenza e di indisciplina sociale. Art. 15 - (Pubblicazioni a contenuto impressionante o raccapricciante) : Le disposizioni dell'art. 528 del Codice penale si applicano anche nel caso di stampati i quali descrivano o illustrino, con particolari impressionanti o raccapriccianti, avvenimenti realmente verificatisi o anche soltanto immaginari, in modo da poter turbare il comune sentimento della morale o l'ordine familiare o da poter provocare il diffondersi di suicidi o delitti.

[15] Una prima forma di rettifica, in realtà, già era stata prevista dall' Editto sulla Stampa del 1848 in cui, all'art. 43, recitava: "I gerenti saranno tenuti d'inserire, non più tardi della seconda pubblicazione successiva al giorno in cui le avranno ricevute le risposte o le dichiarazioni delle persone nominate nelle loro pubblicazioni. L'inserzione della risposta deve essere intiera e gratuita". L'art. 8 della legge 47/48 invece prevede che "Il direttore o, comunque, il responsabile è tenuto a fare inserire gratuitamente nel quotidiano o nel periodico o nell'agenzia di stampa le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti di cui siano state pubblicate immagini od ai quali siano stati attribuiti atti o pensieri o affermazioni da essi ritenuti lesivi della loro dignità o contrari a verità, purché le dichiarazioni o le rettifiche non abbiano contenuto suscettibile di incriminazione penale. Per i quotidiani, le dichiarazioni o le rettifiche di cui al comma precedente sono pubblicate, non oltre due giorni da quello in cui è avvenuta la richiesta, in testa di pagina e collocate nella stessa pagina del giornale che ha riportato la notizia cui si riferiscono. Per i periodici, le dichiarazioni o le rettifiche sono pubblicate, non oltre il secondo numero successivo alla settimana in cui è pervenuta la richiesta, nella stessa pagina che ha riportato la notizia cui si riferisce. Le rettifiche o dichiarazioni devono fare riferimento allo scritto che le ha determinate e devono essere pubblicate nella loro interezza, purché contenute entro il limite di trenta righe, con le medesime caratteristiche tipografiche, per la parte che si riferisce direttamente alle affermazioni

contestate. Qualora, trascorso il termine di cui al secondo e terzo comma, la rettifica o dichiarazione non sia stata pubblicata o lo sia stata in violazione di quanto disposto dal secondo, terzo e quarto comma, l'autore della richiesta di rettifica, se non intende procedere a norma del decimo comma dell'articolo 21, può chiedere al pretore, ai sensi dell'articolo 700 del codice di procedura civile, che sia ordinata la pubblicazione. La mancata o incompleta ottemperanza all'obbligo di cui al presente articolo è punita con la sanzione amministrativa da lire 15.000.000 a lire 25.000.000. La sentenza di condanna deve essere pubblicata per estratto nel quotidiano o nel periodico o nell'agenzia. Essa, ove ne sia il caso, ordina che la pubblicazione omessa sia effettuata". Cfr. A. Lojodice, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Jovene, 1969; N. LIPARI, *Libertà di informare o diritto ad essere informati ?*, in *Dir. radiodiff.*, 1978; M. Luciani, *La libertà di informazione nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Politica del Diritto*, 1989, 605 ss.

[16] L. 14 aprile 1975, n.104, *Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva*; L. 6 agosto 1990 n. 223, *Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato*.

[17] Cfr. sul punto A. Chimenti, *L'ordinamento radiotelevisivo italiano*, Giappichelli, 2007; M. Cuniberti, *Nuove tecnologie e libertà della comunicazione: profili costituzionali e pubblicistici*, Giuffrè 2008; A.M. Gambino- A. Stazi, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009; R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Cedam, 2010, D. Pomata, *La responsabilità penale del direttore del telegiornale e del periodico telematico*, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it)

[18] Sugli elementi citati nel testo, indicati da una nota sentenza della Suprema Corte di Cassazione si ritornerà *infra*. Sul punto cfr. A. Papa, *La disciplina di stampa alla prova delle nuove tecnologie*, in *Riv. inform.*, 2011, 3, 477 ss. Particolarmente degne di attenzione sono le decisioni del Tribunale di Napoli e del Tribunale di Roma del 1997 ed in seguito quella del Tribunale di Oristano nel 2000. Con decreto del 18 marzo 1997, il Tribunale di Napoli ordinava la registrazione, ai sensi dell'art. 5 della legge 47/48, di un giornale *on-line* solo ed esclusivamente se lo stesso fosse stato stampato sul supporto cartaceo. Per applicare la legge sulla stampa quindi veniva confermato per i giornali *on-line* il requisito ontologico, "*tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico chimici*", ed il requisito teleologico "*in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione*", Tribunale di Napoli, sez I, decr. 18 marzo 1997, in *Foro it*, 1997, I, 2307. Sullo stesso argomento intervenne il Tribunale di Roma, che con ordinanza del 6 novembre 1997, ha stabilito che "*un periodico telematico può beneficiare della tutela rappresentata dalla registrazione, in quanto possiede sia il requisito ontologico, sia quello finalistico relativo alla diffusione delle notizie, pur con una tecnica di diffusione diversa dalla stampa*". La possibilità di applicare l'art. 1 della legge 47/48 fu riconosciuta anche per le notizie diffuse tramite Internet, con "l'esclusione in ogni caso, delle contestuali norme di rilievo penale, prime fra tutte gli art. 57 c.p. e 16 della legge 47/48". Vista la caratteristica principale di tali reati, la commissione degli

stessi tramite stampa, in virtù del principio di legalità e il conseguente divieto di estensione analogica in *malam partem* venne impedito che tali disposizioni potessero applicarsi ad eventuali comportamenti commessi attraverso le reti telematiche. L'ordinanza segnava, secondo autorevole dottrina, "un passo importante, forse addirittura rivoluzionario, per l'evoluzione della nostra giurisprudenza, costituendo, infatti, la prima pronuncia con cui si è riconosciuta la qualifica di stampa ad una testata telematica". Cfr sul punto F. Lolli, *I contenuti in rete tra comunicazione e informazione*, in *Resp. comunicazione impresa*, 1999, 457; cfr. Tribunale di Roma, sez. per la stampa e l'informazione, ord. 6 novembre 1997, in *Riv. inform.*, 1998, 75. Il tribunale di Oristano invece con decisione del 25 maggio 2000, nell'escludere, in virtù del generale divieto di analogia in diritto penale sancito dall'art. 14 disp. prel, l'applicabilità alle affermazioni diffamatorie *on-line* dell'art.13 della legge 47/48, individuò nell'art. 595, commi 2 e 3 c.p., la disciplina per sanzionare l'immissione su Internet di affermazioni diffamatorie. Tribunale Oristano, 25 maggio 2000, in *Foro it*, 2000, II, 663. Tale previsione fu confermata dalla Cassazione, che con sentenza 27 dicembre 2000 n. 4741 ha ammesso la punibilità della diffamazione commessa tramite internet in virtù del comma 3 dell'art. 595 c.p. Cfr. sul punto Corte di Cassazione 27 dicembre 2000 n. 4741, in *Guida al diritto 2001*, n. 3, 73; R. sciaudone, *Profili del regime giuridico applicabile alle testate telematiche*, cit, 209; Tribunale Oristano, 25 maggio 2000, in *Foro it*, 2000, II, 663.

[19] Art. 2 Legge 47/48: "Ogni stampato deve indicare il luogo e l'anno della pubblicazione, nonché il nome e il domicilio dello stampatore e, se esiste, dell'editore. I giornali, le pubblicazioni delle agenzie d'informazioni e i periodici di qualsiasi altro genere devono recare la indicazione: del luogo e della data della pubblicazione; del nome e del domicilio dello stampatore; del nome del proprietario e del direttore o vice direttore responsabile. All'identità delle indicazioni, obbligatorie e non obbligatorie, che contrassegnano gli stampati, deve corrispondere identità di contenuto in tutti gli esemplari". Art. 5 Legge 47/48 "Nessun giornale o periodico può essere pubblicato se non sia stato registrato presso la cancelleria del tribunale, nella cui circoscrizione la pubblicazione deve effettuarsi. Per la registrazione occorre che siano depositati nella cancelleria: 1) una dichiarazione, con le firme autenticate del proprietario e del direttore o vice direttore responsabile, dalla quale risultino il nome e il domicilio di essi e della persona che esercita l'impresa giornalistica, se questa è diversa dal proprietario, nonché il titolo e la natura della pubblicazione; 2) i documenti comprovanti il possesso dei requisiti indicati negli artt. 3 e 4; 3) un documento da cui risulti l'iscrizione nell'albo dei giornalisti, nei casi in cui questa sia richiesta dalle leggi sull'ordinamento professionale; 4) copia dell'atto di costituzione o dello statuto, se proprietario è una persona giuridica. Il presidente del tribunale o un giudice da lui delegato, verificata la regolarità dei documenti presentati, ordina, entro quindici giorni, l'iscrizione del giornale o periodico in apposito registro tenuto dalla cancelleria. Il registro è pubblico."

[20] Ad esempio l'obbligo di indicare sullo stampato il luogo e l'anno della pubblicazione, nonché il nome e il domicilio dello stampatore. Da ciò è possibile rilevare l'importanza di stabilire l'essenzialità della presenza di uno stampatore vista l'impossibile applicazione di tale requisito alla stampa on-line o se sia possibile identificare l'*Internet provider* quale soggetto legittimato a ricoprire tale ruolo. Cfr. sul punto A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, Giappichelli, 2009, 140 ss.

[21] Tale imposizione potrebbe però essere disattesa. Infatti l'art. 16 della stessa legge prevede l'esenzione da tale obbligo per i soggetti tenuti all'iscrizione al registro degli operatori di comunicazione predisposto dalla legge n.249/97.

Inoltre gli obblighi previsti dall'art. 5 potrebbero scontrarsi con quanto previsto dalla direttiva 31/2000/CE avente ad oggetto lo sviluppo dei servizi della società dell'informazione. In questo caso si andrebbe a restringere la libertà di stabilimento per quei soggetti che hanno ricevuto autorizzazioni in un altro Stato, con il rischio quindi di un "*obiettivo ostacolo alla libertà di prestazione dei servizi della società dell'informazione*".

[22] V.Zeno- Zencovich, *I prodotti editoriali elettronici nella l. 7 marzo 2001 n.62 e il preteso obbligo di registrazione*, in *Riv. Inform.*, 2001, 166 ss; T. Senni, *La nuova legge sull'editoria e le sue conseguenze sullo sviluppo dell'editoria elettronica*, in *Dir. comm. Int.*, 2001, il quale vede nell'estensione dell'obbligo di registrazione ai giornali *on-line* un elemento di incompatibilità con la direttiva in quanto tendente a colpire la prestazione di una particolare attività appartenente alla categoria dei servizi della società dell'informazione, considerato che la direttiva di applica anche ai giornali *on-line*. Secondo tale autore infatti, "la diffusione e la visualizzazione di informazioni e di dati in rete, non potendo essere fatta ricomprendere nella categoria del trasferimento dei beni, consiste evidentemente nella prestazione di un'attività immateriale, cioè in uno scambio di file tra il computer che ospita il giornale ed il computer del lettore.

Tale interpretazione della prestazione di servizi come categoria residuale rispetto al trasferimento dei beni materiali è del resto confermata da una ricca giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea". Nessun contrasto con la direttiva è rilevato invece da G. Scorza, *I veri rischi della l. 62/01*, in [www.interlex.it](http://www.interlex.it), secondo cui "è la stessa normativa EU a richiedere agli stati membri di riservare ai servizi della società dell'informazione il medesimo trattamento giuridico delle equivalenti attività esercitate attraverso i canali tradizionali". Cfr. inoltre R. Sciaudone, *Profili del regime giuridico applicabile alle testate telematiche*, cit, 209; 166; R. Loi, *Via libera alla nuova legge sull'editoria: contenuto e spunti interpretativi*, in *Dir. prat. Soc.*, 2001, n. 12; M. Quaranta, *Le testate telematiche*, in *Dir. ec. mezzi di comunicazione*, 2002, 50

[23] Legge 1 marzo 2002, n°39, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2001", in [www.camera.it](http://www.camera.it)

[24] Cfr. G. Cassano - F.buffa, *Responsabilità del content provider e dell' host provider*, in *Corr. Giur.*, 2003, 80

[25] Le Sezioni Unite. hanno ribadito che “*non sussiste l’obbligo di registrazione presso la Cancelleria del Tribunale per il giornale informatico diffuso in via telematica, ossia per quei blog, o, più in generale, per quei siti web che pubblicano informazioni con frequenza regolare*”. Sul punto cfr. Cass. Sez. Un. 10 aprile 2012 n. 23230 in *Diritto e giustizia*, 2012. Risulta necessario specificare però che dopo questa sentenza della Cassazione, è entrata in vigore una nuova norma che pone una limitazione alla facoltà di non registrare le testate presso i tribunali di competenza. Si tratta della legge 16 luglio 2013 n.103 la quale prevede che “*Le testate periodiche realizzate unicamente su supporto informatico e diffuse unicamente per via telematica ovvero on-line, i cui editori non abbiano fatto domanda di provvidenze, contributi o agevolazioni pubbliche e che conseguano ricavi annui da attività editoriale non superiori a 100.000 euro, non sono soggette agli obblighi stabiliti dall’art 5 della legge 8 febbraio 1948 n.47, dall’art 1 della legge 5 agosto 1981 n.416, e successive modifiche, e dall’art 16 della legge 7 marzo 2001 n. 62, e ad esse non si applicano le disposizioni di cui alla delibera dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni n. 666/08/CONS del 26 novembre 2008 e successive modifiche*”. Stando quindi a quanto stabilito dalla nuova legge, rimane legittimo l’esonero dall’obbligo di registrazione per tutti i blog e i giornali che non intendano accedere a finanziamenti pubblici a condizione che il ricavo derivante dall’attività della testata on-line non superi i 100.000 euro annui.

[26] V.Zeno- Zencovich, *I prodotti editoriali elettronici nella l. 7 marzo 2001 n.62 e il preteso obbligo di registrazione*, cit., 166 ss;

[27] Il Tribunale di Teramo aveva negato l’equiparazione di un sito Internet ad un giornale in quanto “*del tutto diverso è il mezzo di diffusione, rispetto al quale può ritenersi effettivamente ragionevole dare per provato che un giornale sia letto da più persone o una trasmissione televisiva raggiunga più spettatori*”. Tribunale di Teramo, 6 luglio 2002 n. 112 in *www.interlex.it*.

[28] Cfr. Tribunale di Aosta 15 febbraio 2002, in *Giur. Merito*, 2002, 765; Tribunale di Aosta 26 maggio 2006, in *Dir. Inf.* 2006, 3, 366-373; e in *Dir. e giust.*, 2006, 31, 76. Il Tribunale nella prima decisione negò l’applicabilità della responsabilità disciplinate dalla legge sulla stampa ad un sito Internet, poiché il testo non poteva essere reso pubblico su un sito assimilabile ad uno stampato. Nella seconda pronuncia del Tribunale aostano invece venne riconosciuta in capo al gestore di un blog la posizione di direttore responsabile di una testata stabilendo che “*colui che gestisce il blog, altro non è che il direttore responsabile dello stesso, pur se non viene formalmente utilizzata tale forma semantica per indicare la figura del gestore proprietario di un sito Internet, sui cui altri soggetti possano inserire interventi. Ma evidentemente, la posizione di un direttore di una testata giornalistica stampata e quella di chi gestisce un blog (che infatti può cancellare messaggi) è mutatis mutandis identica. Il gestore di un blog ha infatti il totale controllo di quanto viene postato e, per l’effetto, allo stesso modo di un direttore responsabile, ha il dovere di eliminare quelli offensivi. Diversamente, vi è responsabilità penale ex art. 596 bis c.p.*”.

[29] Cfr. Corte di Cassazione, 10 marzo 2009, n. 10535 in *www.cortedicassazione.it*. La Suprema Corte nella sentenza in questione ha rigettato il ricorso di un'associazione di consumatori che invocava, per il forum del proprio sito internet, le regole dettate per la stampa dal comma 3 dell'art 21 Cost. Nell'argomentare il proprio rifiuto la Corte ha evidenziato come "Gli interventi dei partecipanti al forum in questione invece non possono essere fatti rientrare nell'ambito della nozione di stampa, neppure nel significato più esteso ricavabile dall'art. 1 legge 7 marzo 2001. Il semplice fatto che i messaggi e gli interventi siano visionabili da chiunque o almeno da coloro che si siano registrati nel forum stesso, che è assimilabile ad un gruppo di discussione, possa essere qualificato come un prodotto editoriale, o come un giornale on line o come una testata giornalistica informatica. Si tratta quindi di una semplice area di discussione, dove qualsiasi utente o gli utenti registrati sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile a tutti gli altri soggetti autorizzati ad accedere al forum, ma non per questo il forum resta sottoposto alle regole e agli obblighi cui è soggetta la stampa, o può giovare delle garanzie in tema di sequestro che l'art. 21 comma 3 riserva soltanto alla stampa, sia pure latamente intesa, ma non genericamente a qualsiasi mezzo e strumento con cui è possibile manifestare il proprio pensiero".

[30] Cfr. Tribunale di Salerno, 16 marzo 2001, in *Giur.it*, 2002, 85; Tribunale di Latina, 7 giugno 2001, in *Temi rom*, 2001, 145; Tribunale di Milano, 15 aprile 2002, in *Dir. inform.* 2002, 568 e in *Guida al diritto*, 2002, n.47, 44; Corte di Cassazione, 16 luglio 2010, n. 35511, in *Resp. civ e prev.* 2011, 1, 82

[31] Più ampiamente sul punto cfr. A. Papa, *La disciplina di stampa alla prova delle nuove tecnologie*, cit, 485. In giurisprudenza cfr. Corte di Cassazione, 11 dicembre 2008, n. 10535, in *Guida al diritto*, 2009, 14, 66.

[32] Cfr. sul punto G. Carotenuto, *Giornalismo partecipativo. Storia critica dell'informazione al tempo di Internet*, Nuovi Mondi, Modena, 2009; U. Vallauri, *Blog journalism: nuovi formati e prospettive per il giornalismo online*, Università degli Studi di Bologna, Facoltà di Lettere e Filosofia, 2002; U. Vallauri, *Blog, blog, blog. Sembrava una nicchia. Sta cambiando il giornalismo (anche quello tradizionale)*, in *Problemi dell'informazione*, n. 1, marzo 2003, pp. 68-78; D. Galli, *Che cos'è il giornalismo partecipativo? Dal giornalismo come lezione al giornalismo come conversazione*, in *Problemi dell'informazione*, 3, 2005, 297-315.

[33] I c.d. *blog* partecipativi si trovano a vivere un rapporto particolare con gli altri mezzi di comunicazione di massa.

Infatti è possibile che alcune notizie "nascano" dai *blog* da dove i giornalisti possono attingere informazioni e nello stesso tempo alcune notizie date dall'informazione tradizionale possano essere approfondite nei *blog* divenendo in questo caso una "forma supplementare di giornalismo" Cfr. sul punto, A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, cit., 140 ss.

[34] Esemplificative al riguardo appaiono le sentenze del Tribunale di Aosta e della Corte di appello di Torino, chiamate ad occuparsi di alcune dichiarazioni diffamatorie contenute su un *blog*. Con espresso riferimento

alle possibili ipotesi di responsabilità del c.d. *blogger*, particolarmente controversa invece è stata la sentenza del Tribunale di Aosta con la quale un *blogger* è stato condannato, in seguito ad alcuni *post* diffamatori pubblicati sul proprio *blog*, per un'ipotesi di *culpa in vigilando*. Il Tribunale di Aosta infatti, con sentenza 20 maggio 2006 n.553, in *Giur. Merito*, 2007, 4, 1069, aveva stabilito che “*la posizione di un direttore di una testata giornalistica stampata e quella di chi gestisce un blog è mutatis mutandis- identica. Il gestore di un blog ha infatti il totale controllo di quanto viene postato e, per l'effetto, allo stesso modo di un direttore responsabile, ha il dovere di eliminare quelli offensivi. Diversamente vi è responsabilità penale ex art. 596 c.p.*”. Cfr. V. Pezzella, *Blog uguale al giornale? C'è chi dice di sì. Se chi gestisce il sito è come il direttore*, in *Dir. e Giust.*, 31, 71. Tale decisione è stata però in parte ribaltata dalla Corte d' Appello di Torino che confermando la condanna per diffamazione in relazione ai contenuti immessi direttamente dal gestore di un *blog*, cioè quelli a cui viene attribuita la paternità allo stesso, ha invece assolto il *blogger* dalla seconda accusa, ritenendo non sussistente alcun obbligo di controllo sui contenuti immessi da altri nel suo *blog*. Corte d'Appello di Torino, 24 aprile 2010, in *www.penale.it*.

[35] Visti i numerosi interventi che si susseguono all'interno del *forum*, risulta materialmente impossibile da parte del gestore dello stesso controllare e verificare la possibile lesività di ogni singolo messaggio.

[36]Corte di Cassazione n. 1035/08, in *Riv. Inf. e informatica*, 2009, 3, 508 con la quale la Suprema Corte ha stabilito che il forum rientra nella disciplina generale della libertà di manifestazione del pensiero *ex art. 21 Cost.*

[37] Al riguardo, vi è chi propone, non essendo prevista una responsabilità per omesso controllo in capo al gestore e una quasi impossibile individuazione dell'autore del commento diffamatorio anonimo, per assicurare una tutela ai soggetti lesi dalle dichiarazioni anonime, di prevedere un obbligo in capo al gestore di identificazione dei partecipanti al *forum* tramite registrazione. Cfr. L.Vignudelli, *Il gestore del forum: spunti su identificazione dell'utente, anonimato e (ir) responsabilità*, in *Riv. inform*, 2011, 1, 107

[38] Per il reato di diffamazione compiuto a mezzo stampa la Corte Costituzionale ha previsto un regime sanzionatorio più severo visto che essa si presenta quale mezzo di formazione dell'opinione pubblica. Per questo motivo risulta necessario stabilire se per la risoluzione di controversie aventi ad oggetto diffamazione compiuta tramite strumenti on-line sia applicabile la diffamazione semplice o la diffamazione a mezzo stampa. Nessun dubbio si ipotizza per le testate giornalistiche on-line alle quali viene applicata l'aggravante del mezzo stampa. Non immune da dubbi appare invece la questione inerente le altre forme di comunicazione essendo in questo caso obbligatorio stabilire la natura professionale o meno della situazione posta in essere non essendo possibile applicare automaticamente l'aggravante per ogni eventuale forma di diffamazione posta in essere in Rete Cfr. sul punto A. Papa, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet*, cit., 140 ss.

[39] Cfr. Corte di Cassazione, 17 novembre 2000, in *Diritto e informazione*, 1787, 2002; Corte di Cassazione, 17 novembre 2000 n 4741, in *Studium Juris*, 2001, 599

[40] Il primo intervento giurisprudenziale (Corte di Cassazione 7 febbraio 1996 n.978 in *Guida al diritto*, 2013, 5, 62) che ha aderito alla teoria monista sui diritti della personalità ha argomentato la sua scelta osservando che bisogna sì parlare di contrasto tra diritti diversi, ma bisogna anche riferirsi al concetto di persona e soprattutto ai modi di estrinsecazione della personalità. La “piramide gerarchica” non è tra onore e reputazione da un lato e libertà di stampa dall’altro, ma è l’art. 2 della nostra Carta Costituzionale la norma posta al vertice del sistema, così che tutte le altre norme della stessa carta risultino essere norme di attuazione dello stesso articolo 2. Come è stato precisato anche attraverso interventi giurisprudenziali recenti (Corte di Cassazione 26 settembre 2012 n. 41249 in *www.cortedicassazione.it*), in realtà, quando in conflitto vi sono diritti della personalità, non è possibile immaginare automatismi di prevalenza, dovendo essere effettuato, il bilanciamento tra queste libertà, in concreto “*escludendo ruoli gregari e gerarchie di valori nella risoluzione dei conflitti*”; sulla base di questa considerazione si può osservare che non risulta possibile, quindi, la prevalenza presuntiva di una libertà sull’altra perché, trattandosi di libertà attuative di un valore comune, quale quello della personalità, l’ accertamento non può che riferirsi al caso concreto. Con riferimento all’onore ed alla reputazione, il primo importante intervento in materia è stato quello della Corte Costituzionale che nella sentenza n.38/73, in *www.giurcost.org*, ritenne che le libertà all’onore e alla reputazione fossero libertà fondamentali ed inviolabili.

La Corte di Cassazione invece, con sentenza 65/65, in *www.cortedicassazione.it*, affermò che la libertà di stampa è “*una libertà di carattere democratico che caratterizza il regime vigente dello stato*”. Non essendo possibile, quindi, stabilire una gerarchia tra diritti, il bilanciamento di interessi risulta essere l’unica strada percorribile in caso di conflitti.

La teoria del bilanciamento di interessi risulta essere preferita anche in ambito comunitario, infatti all’art 10 CEDU, viene stabilito che l’esercizio della libertà di espressione, di opinione e di essere informati può ricevere restrizioni o sanzioni quando sia il legislatore a prevederlo e quando tali misure risultano essere necessarie per tutelare altri diritti fondamentali. Anche la Corte Europea dei diritti dell’Uomo con sentenza 17/7/2008, in *www.giustizia.it*, ha stabilito espressamente che qualora vi siano in conflitto libertà fondamentali risulta essere necessario il bilanciamento di interessi in concreto. Nel caso di specie la libertà che prevarrà non sarà gerarchicamente più importante ma prevarrà limitatamente a quel giudizio.

[41] Cfr Corte di Cassazione, 30 giugno 1984 n 8954, in *Foro it* 1984, II, 531, con nota di G. Fiandaca, *Nuova tendenza repressiva in tema di diffamazione a mezzo stampa?* ed in *Giust. Civ*, 1984, I, 2941 con nota di M. Finocchiaro, *La Cassazione e l’uniforme interpretazione della legge* ed in *Riv.*

*pen.* 1984, 10, 767 ed in *Giust. it.* 1985, II, 148, con nota di R. Teresi, *Diritto di cronaca ed errore scusabile*.

Nella sentenza in esame, la S.C. non ha stabilito una gerarchia tra questi tre criteri ma ha sottolineato la necessità che essi debbano essere rispettati dal giornalista. Con espresso riferimento al criterio della verità ci si è chiesti se fosse possibile un'impostazione meno rigorista parlando di verosimiglianza e non di verità ma questa impostazione è stata scartata. In merito invece alla possibile previsione di una verità putativa, citando i principi delle scriminanti, è possibile evidenziare come la verità putativa possa essere prevista ai sensi dell'art. 59 comma 4 c.p, non essendo riscontrabile una differenza da un punto di vista penalistico tra colui che ha ritenuto correttamente esistente il requisito della verità e colui che invece lo riteneva esistente solo nella sua mente, non essendo presente una condotta connotata da carica di lesività. Con espresso riferimento all'ammissione della verità putativa, vista la fondamentale importanza che viene data in giurisprudenza a tale requisito, tendenzialmente viene esclusa l'ammissibilità di tale tipologia di verità in virtù del fatto che il giornalista è un professionista della materia e quindi deve prestare particolare attenzione nella ricerca della stessa e perché, ammettere la verità putativa significherebbe creare un conflitto tra valori fondamentali. La Cassazione, con sentenza n. 11259/07 stabilì che il presupposto dell'attività giornalistica è la verità. Tuttavia la verità putativa deve essere ammessa a condizione che il giornalista abbia comunque un serrato e completo controllo sulla veridicità della notizia. Per la pertinenza e continenza, il dibattito si è riproposto in relazione alla sussistenza dei requisiti nelle diverse fattispecie di diritto di critica, cronaca e satira. La differenza tra cronaca e critica può essere riscontrata nell'angolo visuale: il diritto di cronaca è l'illustrazione oggettiva dei fatti, mentre quello di critica è un'impostazione soggettiva, un commento, un parere. Quando la giurisprudenza ha immaginato i tre requisiti, quasi sicuramente lo ha fatto con riferimento al diritto di cronaca, perché, quando si è di fronte ad esso, gli stessi devono sussistere contestualmente, a differenza dei casi di diritto di critica e satira. Il requisito della pertinenza è elemento essenziale; in queste ipotesi a venir meno è proprio il requisito della verità. Sul punto è possibile analizzare tre teorie. La prima ricostruzione esclude la sussistenza del requisito della verità nel caso di diritto di critica, si evidenzia quindi un'incompatibilità sistematica tra requisito della verità e diritto di critica. In opposizione alla prima un'altra ricostruzione svaluta qualsivoglia distinzione tra diritto di critica e di cronaca, ritenendo che il requisito della verità sia necessario parimenti per il diritto di critica. La terza teoria, accolta dalla Cassazione, evidenzia come la verità sia un criterio che debba essere seguito anche nel diritto di critica ma con minore rigore, anzi, ben individuando il termine di riferimento della verità. Il requisito della verità deve essere rispettato con riferimento ai fatti base del diritto di critica. Il criterio della continenza invece può essere messo in discussione qualora si faccia riferimento ad una critica politica. Secondo una prima analisi, l'elemento di discriminazione risiede nella qualifica dei due soggetti. Qualora il soggetto attivo e quello passivo del reato siano personaggi politici, la continenza può

essere interpretata con minor rigore; se invece i soggetti non sono entrambi politici, ma politico è solo il destinatario dell'invettiva, ritorna il criterio originario di pertinenza. Si preferisce, però, superare questa impostazione, seppur suggestiva, cercando di prescindere dalla qualità di entrambi i contendenti e dando più importanza alla natura della critica. E' così emerso come sia il criterio della verità che quello della continenza, seppur necessari, possano essere piegati all'occorrenza nell'ambito del diritto di critica. Nel diritto di satira queste applicazioni hanno un'efficacia ancora più dirompente: secondo alcuni, infatti, il diritto di satira non è semplicemente una forma esasperata del diritto di critica, non è una *species* del *genus*, ma qualcosa di più travolgente, capace di abbattere frontiere che il diritto di critica non è in grado di superare. Se nel diritto di critica i requisiti della verità e della continenza devono sempre sussistere, anche se attenuati, quando ci spostiamo nel diritto di satira è possibile affermare che i requisiti di verità e continenza non operino più. Conseguenza inevitabile di ciò è che l'unico criterio operante è quello della pertinenza, anche se lo stesso risulta essere claudicante, perché il diritto in esame pone le sue basi non solo sull'art. 21 Cost. ma anche sugli articoli 9 e 33 Cost. essendo non solo espressione della libertà di manifestazione del pensiero, ma anche di quella finalità di promozione dell'arte e della cultura costituzionalmente prevista. Per un'analisi dei criteri del decalogo del giornalista cfr.; S. Ramajoli., *Offese all'onore della persona e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, 1966; E. Roppo, *Diritto di cronaca sul banco degli imputati*, in *Dem. e diritto*, 1985, 3, 45-57;; M. Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Cedam, 1995; R. Razzante, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione: con riferimenti alla tutela della privacy, alla diffamazione e all'editoria on-line*, Cedam, 2002; A. Pace - F. Petrangeli, *Diritto di cronaca e di critica*, in *Enc. dir. (Agg. V)*, 2002, 303-339; S. Peron, *La diffamazione tramite mass-media*, Cedam, 2006.

Sui criteri che il giornalista deve seguire nell'esercizio della propria professione si sofferma nuovamente la Suprema Corte con sentenza 4 settembre 2012 n. 14822, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 9, 1088. Con tale decisione si prevede che la divulgazione a mezzo stampa di notizie lesive dell'onore è scriminata per legittimo esercizio del diritto di cronaca se ricorrono i criteri della verità oggettiva, dell'interesse pubblico dell'informazione, e della c.d. continenza, cioè la forma "civile" dell'esposizione e della valutazione dei fatti.

[42] Trattandosi di un concorso di persone e applicando l'art. 110 c.p., e quindi di una fattispecie plurisoggettiva eventuale, il supporto che il direttore deve dare all'articolista può tradursi in un'agevolazione dell'articolista. Ad esempio il direttore fornirà al giornalista elementi non veritieri oppure ometterà, volontariamente e consapevolmente, di intervenire sull'articolo percependone il contenuto diffamatorio facendolo quindi proprio. Il responsabile del giornale risponderà per concorso commissivo nel reato qualora agevolerà o addirittura con l'articolista partecipa alla redazione dell'articolo e per concorso omissivo qualora non interverrà e con quell'omissione favorisce la pubblicazione dell'articolo.

[43] Corte Costituzionale 15 giugno 1956 n.3, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org). Secondo una prima "interpretazione", l'art. 57 c.p. era da intendersi come un'ipotesi di responsabilità anomala, trattandosi infatti di ipotesi di c.d. responsabilità oggettiva e cioè un meccanismo giuridico di attribuzione soggettiva del fatto illecito che prescinde dall'atteggiamento psicologico del soggetto a cui è attribuito il fatto. Tale responsabilità, in quanto oggettiva, si distingue dalla responsabilità per fatto proprio, perché si fonda esclusivamente su dati ricavabili dal fatto stesso, e sulla sussumibilità del fatto alla legge, a prescindere dalle caratteristiche dell'atteggiamento illecito soggettivo. In una seconda fase lo stesso articolo veniva definito quale ipotesi di responsabilità per fatto altrui o di posizione, fino a quando, nel 1956, la Corte Costituzionale ha accolto la ricostruzione oggi seguita, quella della responsabilità per *culpa in vigilando*. Possiamo quindi dire che la responsabilità per colpa del direttore che omette di intervenire, non è una responsabilità anomala. La teoria della responsabilità anomala è quella ripresa dall'art. 116 c.p., quando cioè il legislatore punisce a titolo di colpa un soggetto che, in realtà, ha posto in essere una condotta dolosa o viceversa. Le cause di responsabilità anomala quindi sono casi in cui viene individuato un elemento soggettivo diverso da quello che, in concreto, si è verificato. La giurisprudenza chiarirà che non è un atteggiamento doloso quello del direttore perché se ci si trova dinanzi ad un atteggiamento doloso, l'art. 57 c.p. non si applica. Viene esclusa pacificamente la responsabilità per fatto altrui o di posizione perché sostanzialmente questa teoria rispolverava una responsabilità oggettiva del direttore del giornale perché riteneva lo stesso responsabile a titolo di colpa sempre ed in ogni caso, senza la verifica della esigibilità della condotta alternativa. Si tratta di una responsabilità inammissibile nel diritto penale perché il direttore del giornale veniva condannato per fatto altrui. E' in realtà una responsabilità di posizione, della posizione che il direttore riveste all'interno del giornale. Ecco perché la Corte Costituzionale nel 1956 scartò queste due teorie aderendo alla teoria che l'art. 57 c.p. implica un giudizio di colpevolezza del direttore che si estrinseca nella valutazione di ciò che il direttore non ha fatto e poteva invece fare. Secondo la ricostruzione ancora oggi prevalente, il direttore del giornale non risponderà sempre *ex art. 57 c.p.* per la pubblicazione dell'articolo diffamatorio, ma bisognerà fare analizzare il caso concreto, rinviando ad esempio, ad alcuni criteri specifici, quali l'estensione della testata giornalistica, il numero di collaboratori, il rilievo che l'articolo ha ricevuto all'interno del giornale, ai titoli. E' opinione consolidata che il direttore sia responsabile per tutti gli articoli pubblicati in prima pagina, perché tale è la risonanza che questi hanno nel giornale, che non possono certo sfuggire al controllo del direttore; la responsabilità di quest'ultimo ovviamente sussiste anche con riguardo agli altri articoli che, pur non essendo posizionati in prima pagina, hanno, per gli argomenti trattati, una risonanza tale da dover essere necessariamente vagliati e verificati dal direttore.

[44] Per l'individuazione di un reato omissivo improprio, elemento essenziale è la posizione di garanzia del soggetto.

La giurisprudenza inizialmente accoglieva due teorie: quella formale che riteneva dovesse individuarsi la posizione di garanzia in base semplicemente alla previsione di legge e la teoria sostanziale che prescindeva dalla previsione normativa e guardava agli interessi in concreto tutelati. L'orientamento che oggi viene pacificamente accolto è misto: viene accolta la teoria formale con espresso riferimento però anche agli interessi che vi sono alla base. Quando si analizza la responsabilità del direttore, sussistono due problematiche da risolvere; il primo problema è quello di trovare una norma che elevi espressamente il direttore del giornale a garante della reputazione di tutti i consociati, il secondo è trovare una norma che individui un obbligo di impedire l'evento. Ecco perché, secondo una prima ricostruzione, l'art. 40 comma 2 c.p. non può operare perché non esiste una norma specifica in tal senso. Dubbi sono sorti in merito alla possibile di intendere l'art. 57 c.p. quale norma che individua il direttore del giornale quale garante della reputazione, anche se è opinione diffusa che l'art. 57 c.p. nacque non con riguardo al reato omissivo improprio a carattere doloso, ma per introdurre un concetto colposo. Secondo invece una differente dottrina, nella ricerca di una norma che elevi il direttore del giornale quale garante, non bisognerebbe riferirsi all'art. 57 c.p. ma basterebbe fermarsi alle norme che hanno istituito la categoria, le norme disciplinari perché sostanzialmente è insito, è correlato al ruolo del giornalista quello di garantire il corretto svolgimento delle attività giornalistiche del giornale quindi sostanzialmente anche la reputazione. Cfr. sul punto: A.Valastro, *Libertà di comunicazione e nuove tecnologie. Inquadramento costituzionale e prospettive di tutela delle nuove forme di comunicazione interpersonale*, Giuffrè, 2001; R. Razzante, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione con riferimento alla tutela della privacy, alla diffamazione ed all'editoria on line*, Cedam, 2003; A.M. Gambino- A. Stazi, *Diritto dell'informatica e della comunicazione*, Giappichelli, 2009.

[45] Stabilire che in caso di un articolo anonimo il direttore del giornale risponde di responsabilità diretta vuol dire che in questa ipotesi, la paternità dell'articolo viene sostanzialmente ascritta direttamente al direttore del giornale. L'articolo anonimo è un articolo che va imputato al direttore, così che lo stesso risponda direttamente ai sensi dell'art. 595 c.p. stabilendosi quindi una responsabilità commissiva per aver firmato potenzialmente l'articolo, per aver redatto l'articolo.

Inoltre la Corte di Cassazione, con sentenza 21 ottobre 2013 n. 46226, in [www.dirittoitalia.it](http://www.dirittoitalia.it), ha escluso l'ipotesi colposa prevista dall'art 57 c.p. a carico del direttore responsabile per omesso controllo qualora il querelante si sia limitato ad indicare come autori del reato sia l'autore dello scritto che il direttore responsabile, evidenziando come sia necessario prevedere all'interno della querela l'espressa volontà che il direttore venga perseguito a titolo di colpa per omesso controllo o che si proceda per qualsiasi ipotesi riscontrabile a suo carico.

[46] Questa prospettiva ermeneutica parte dal presupposto che il reato di diffamazione posto in essere non debba essere concretamente accertato ma debba esistere in astratto.

Se si ritiene che il direttore possa rispondere di concorso nel reato posto in essere dall'articolaista anonimo è necessario partire dal presupposto che, in realtà, non è necessario accertare l'esistenza del reato di diffamazione, ma bisogna accertare in astratto l'esistenza dei presupposti della diffamazione. La prospettiva quindi viene spostata dall'articolo anonimo che rileva per la sua potenzialità diffamatoria al contributo che il direttore del giornale ha dato..

[47] Da una lettura della sentenza, la sensazione è che la prima ipotesi di responsabilità in capo al direttore concorsuale, la seconda diretta, e l'art. 57 c.p. risulta essere ipotesi residuale. Partendo dall'identificazione dell'articolo privo di firma in piena linea con l'orientamento tradizionale, la Cassazione passa a valutazioni che sembrano distoniche. La Cassazione infatti afferma che l'articolo anonimo così inteso, è attribuibile al direttore del giornale per il solo fatto che ne ha voluto consapevolmente la pubblicazione, ipotizzando quindi la responsabilità del direttore ai sensi dell'art. 110 c.p, anche se la stessa lascia spazio ad una duplice interpretazione del concorso di reato: un concorso commissivo per il fatto di aver voluto la pubblicazione e un concorso omissivo per non aver impedito la pubblicazione. La Suprema Corte quindi sembra dare nella sentenza la seguente soluzione: il direttore del giornale risponderà normalmente per concorso di persone nell'art. 595 c.p., se non direttamente, salvo l'art. 57 c.p., ipotesi che la corte ritiene residuale. Parlare quindi di responsabilità diretta e responsabilità concorsuale ci pone dinnanzi a principi e applicazioni differenti tra loro; la sentenza non evidenzia a pieno la differenza tra responsabilità concorsuale e responsabilità diretta da parte del direttore, facendo quasi emergere che il direttore debba sempre rispondere per responsabilità diretta perché parte dal presupposto che l'articolo privo di firma è attribuibile al direttore stesso. La Corte stabilisce altresì che *“Ciò che si imputa al direttore responsabile è la pubblicazione senza la quale il reato non si ravvisa. Pubblicazione che è disposta dal direttore del giornale e pertanto questo risponde almeno in via concorsuale. Ne consegue che a fronte dell'avvenuta pubblicazione è possibile ipotizzare il concorso del direttore con l'autore dell'articolo diffamatorio se non addirittura l'attribuibilità a lui stesso dell'articolo privo di firma, salvo prova del solo reato di cui al 57 c.p. per non aver impedito la pubblicazione”*. Così, Corte di Cassazione, 23 ottobre 2012 n. 41249, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

[48] La responsabilità del direttore di un giornale *on line* è stato oggetto di interventi legislativi che tuttavia non hanno risolto i numerosi dubbi sorti in materia. Infatti, prima con la legge Mammi e successivamente con la legge 62/01, sono state previste ipotesi di responsabilità per il direttore di un giornale solo ed esclusivamente ai fini della registrazione, relegando ad ipotesi residuali, basate soprattutto su accordi specifici, le altre ipotesi in cui il direttore era ritenuto responsabile, facendo in modo che si andassero ad intaccare, ma non a modificare le ipotesi di responsabilità previste dalle legge 47/48. Con riferimento invece gli altri mezzi di informazione, quali giornali e telegiornali, il legislatore ha previsto norme di dettaglio che disciplinano la responsabilità del direttore. Infatti, per quanto riguarda la

stampa cartacea il direttore è responsabile dell'intero contenuto dello stesso, dalla prima all'ultima pagina. Discorso simile deve essere fatto per il telegiornale, in cui la responsabilità di ciò che viene messo in onda, dalla sigla iniziale a quella finale, ricade sul direttore o quanto meno sulla redazione.

[49] Ufficio Indagini preliminari Milano, 11 dicembre 2008, in *Foro ambrosiano*, 2008, 401.

[50] Cfr. Tribunale di Firenze, 13 febbraio 2009, in *Dir. Informatica* 2009, 6, 911.

[51] Cfr. Corte di Cassazione, 16 luglio 2010 n 35511/10, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1, 82

[52] Infatti, anche se il messaggio internet può essere stampato, tale circostanza non appare determinante vista la mera eventualità soggettiva ed oggettiva della stessa, anche perché non tutti i messaggi trasmessi via internet possono essere stampati.

[53] Infatti sia la legge 62/01 che il d. lgs. 70/03 non hanno previsto una estensione della operatività dell'art 57 c.p. dalla carta stampata ai giornali telematici, visto che la legge del 2001 si è limitata solo a prevedere la registrazione dei giornali *on line* solo per ragioni amministrative, con la conseguenza che quindi il sistema non preveda la punibilità ai sensi dell'art.57 c.p. del direttore di un giornale *on line*.

[54] Cfr. Corte di Cassazione, 28 ottobre 2011, n. 44126, in *Resp.civ. e prev.* 2012, 2, 647.

[55] In quest'ottica è senza dubbio condivisibile l'opinione di chi ritiene auspicabile un intervento legislativo che preveda, in capo al direttore o al responsabile del sito informatico, con espresso riferimento a quanto stabilito dagli art. 16 ss. del D.lgs. 70/03, un obbligo di identificazione del soggetto che scrive un articolo attraverso la registrazione dell'utente stesso. In questo modo, quindi, in caso di articolo diffamatorio il responsabile del sito potrebbe essere ritenuto responsabile qualora non abbia adottato tutte le misure necessarie all'individuazione dell'identità dell'autore del pezzo diffamatorio. Cfr. C. Melzi D'Eril, *La responsabilità del direttore del periodico telematico, tra facili equiparazioni e specificità di internet.*, in *Riv. inform.*, 2010, 1, 91. Di contrario avviso è la giurisprudenza. Infatti, La Corte d'appello di Milano, con sentenza 8611/13, ha stabilito che il gestore o il proprietario di un sito *web* qualificabile come *content provider* non può essere ritenuto corresponsabile del reato di diffamazione derivabile dal contenuto di materiale caricato da terzi giacché, ad oggi, non risulta ravvisabile un obbligo di legge codificato che imponga ai fornitori di servizi internet un controllo preventivo delle innumerevoli serie di dati che passano ogni secondo nelle maglie dei gestori dei siti *web*. Corte d'appello di Milano, 27 febbraio 2013 n 8611.

[56] Il testo del comma aggiunto all'art. 1 della l. 47/1948 è il seguente: "Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle testate giornalistiche *on line* registrate ai sensi dell'articolo 5, limitatamente ai contenuti prodotti, pubblicati, trasmessi o messi in rete dalle stesse redazioni, nonché alle testate giornalistiche radiotelevisive".

[57] Prevedendo una sostanziale equiparazione tra stampa cartacea e stampa *on line*, il legislatore ha sopperito alla sostanziale violazione dell'art. 3 della Costituzione che poteva ritenersi presente, dal momento che le due fattispecie praticamente identiche, stampa cartacea e quella *on line*, venivano trattate in maniera diversa, creando una sorta di *favor* nei confronti del direttore della testata telematica, il quale rimaneva impunito anche quando poneva in essere gli stessi atti e comportamenti del direttore di un giornale cartaceo, il quale, come sottolineato in precedenza, svolge una funzione di chiusura del sistema informativo, per il quale sono previste particolari e tassative ipotesi di responsabilità.

[58] Di particolare rilevanza si presenta la previsione legislativa, contenuta nel "nuovo" secondo comma dell'art. 57 c.p., che disciplina la possibile delega delle funzioni di vigilanza da parte del direttore ad uno o più giornalisti professionisti idonei a svolgere le funzioni di cui al primo comma. Questa ipotesi particolare è senza dubbio collegata alle dimensioni organizzative e alla diffusione della testata giornalistica, radiofonica, televisiva nonché delle testate giornalistiche *on line* registrate ai sensi dell'art 5 della legge sulla stampa.

[59] L'eliminazione della pena detentiva con riferimento all'"offesa consistente nell'attribuzione di un fatto determinato falso" è stato oggetto di critica da parte di autorevole dottrina che, sottolineando come la restrizione della libertà per queste ipotesi specifiche non si ponga in contrasto con la CEDU, evidenzia come l'abolizione della stessa comporterebbe una contraddittorietà all'interno nel nostro ordinamento giuridico, visto che in ipotesi di falso, personale o documentale, il nostro ordinamento prevede sempre la punizione dello stesso attraverso la pena detentiva. A.Pace, *Cronaca e diffamazione*, in [www.aic.it](http://www.aic.it).

[60] Camera dei Deputati, XVII Legislatura, Dossier GI0055, in [www.camera.it](http://www.camera.it); Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Disegno di legge n. 1119, in [www.senato.it](http://www.senato.it)

[61] Sul punto sembra peraltro opportuno ricordare come alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia e della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, proprio in materia di diffamazione, abbiano dato grande risalto alla negatoria pervasività di tale reato. Infatti, per la decisione di ipotesi particolari, le Supreme Corti sovranazionali in numerose pronunce, hanno dato per scontata l'equiparazione tra giornale cartaceo e giornale *on line*. Con particolare riguardo ai possibili casi di diffamazione *on line*, la Corte di Giustizia ha statuito, con una famosissima decisione, che la vittima della diffamazione ha la possibilità di esperire nei confronti di un editore un'azione di risarcimento sia ai giudici dello Stato del luogo dove è stabilito l'editore della pubblicazione diffamatoria, sia ai giudici di ciascuno Stato in cui la pubblicazione è stata diffusa e in cui la vittima assume aver subito una lesione della sua reputazione. C-161/10 - C-509/09 del 25 ottobre 2011 in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). Con un'ulteriore importante pronuncia la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha fissato un ulteriore principio stabilendo che la cancellazione di un articolo *on line* diffamatorio sarebbe configurabile come ipotesi di censura. La Corte ha infatti stabilito che cancellare un

articolo, anche se diffamatorio, comporterebbe una violazione dell'art. 10 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo evidenziando come la mancata cancellazione di tale articolo non comporterebbe nessuna violazione della *privacy* ma andrebbe a ledere la libertà di espressione e conoscenza. La Corte stabilisce che sia sufficiente annotare che l'articolo è stato sanzionato e riportare in calce le notizie della pronuncia. Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Wegrzynowski e Smolczewsky v. Polonia*, 16 luglio 2013. Anche se per una fattispecie differente, tale principio è stato contraddetto dalla stessa Corte in una recente pronuncia che ha confermato la condanna per i responsabili di un sito per non aver cancellato commenti diffamatori per di più anonimi. La Corte ha avallato la decisione della Corte Estone, la quale aveva condannato i responsabili di un sito per commenti ad un articolo postato sullo stesso sito, diffamatori e anonimi, ritenendo che la sanzione fosse una giustificata e proporzionata restrizione del diritto alla libertà di espressione vista la particolare offensività dei commenti attraverso i quali il portale aveva tratto profitto dalla loro esistenza. L'art. 10 C.E.D.U. infatti prevede che la libertà di espressione del proprio pensiero possa essere comunque attenuata da organi dello Stato ( in questo particolare caso la Corte Estone) così da proteggere la reputazione di una persona quando tale interferenza possa essere proporzionata. La Corte evidenzia come non vi sia stata alcuna violazione dell'art. 10 C.E.D.U. vista la proporzionalità della restrizione del diritto di informare da parte del sito che, non cancellando i commenti diffamatori aveva ricevuto un beneficio commerciale ed avendo permesso agli utenti di lasciare commenti diffamatori anonimi senza porre in essere nessun controllo preventivo tramite una registrazione degli stessi, ne aveva acquisito tacitamente la "paternità". Dall'analisi quindi delle decisioni delle Corti Europee si evince come, già da tempo, l'equiparazione tra stampa cartacea e stampa *on line* sia stata ampiamente accettata e sia una solida realtà. Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Delfi v. Estonia*, 10 ottobre 2013.

**QUADERNI DI  
DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA**

**Numero - 2014  
Anno IV  
[www. dimt. it](http://www.dimt.it)**

**ISSN (Online edition) : 2239-7442**