



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo

Public enforcement e private enforcement: un'analisi per settori

RELATORE

Chiar.mo Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

CANDIDATA
Giulia Potente
Matricola 160503

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Giuliano Fonderico

ANNO ACCADEMICO 2022/2023

Sommario

Introduzione	2
CAPITOLO I – L’enforcement in materia ambientale.....	5
1. La nozione di danno ambientale.....	5
1.1 L’interesse al bene “Ambiente”	6
1.1.1 L’avvento della disciplina europea in materia	9
1.2 I principi di diritto internazionale dell’ambiente	13
1.2.1 Il principio di sviluppo sostenibile	14
1.2.2 Il principio di Precauzione.....	16
1.2.3 Il principio “chi inquina paga”	18
1.3 L’evoluzione legislativa nazionale.....	19
2. L’ambiente quale collettivo unitario	22
2.1 La riforma degli artt. 9 e 41 della costituzione italiana	25
2.1.1 L’ambiente come limitazione alla libertà di iniziativa economica privata.....	26
2.2 Gli strumenti di <i>public enforcement</i> per la tutela ambientale	27
2.2.1 L’enforcement legato al principio di precauzione	35
2.2.2 La disciplina della responsabilità da danno ambientale	39
2.2.3 Danno ambientale intrinseco, estrinseco e derivato	50
2.3 Il ruolo del private enforcement.....	51
2.3.1 La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste.....	52
2.3.2 La legittimazione ad agire dei privati	58
2.3.3 La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo	60
3. Il Green Deal Europeo: sfida contro il cambiamento climatico.....	63
3.1 La mancanza di strumenti di enforcement efficaci nel trattato	68
3.2 Il rapporto tra <i>antitrust</i> e ambiente ai tempi del <i>Green Deal</i>	71
CAPITOLO II – L’enforcement antitrust.....	74
1 Il danno da illecito antitrust e la tutela del bene “Concorrenza”.....	74
1.1 L’illecito antitrust come grave errore professionale: la situazione italiana e la giurisprudenza della CGUE	82
1.2 Il danno da perdita di chance	85
1.2.1 Il <i>Private enforcement</i> per mancata O.P.A.	87
1.3 La nullità dei contratti di fideiussione <i>omnibus</i> a valle di un’intesa anticoncorrenziale	91
2. Il public enforcement antitrust: L’Autorità garante della concorrenza e del mercato.....	95
2.1 Le sanzioni antitrust	106
2.1.1 Il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni <i>antitrust</i>	113
2.1.2 Un’eccezione all’irrogazione delle sanzioni: i programmi di clemenza	114
2.1.3 Le penalità di mora	118
2.1.4 La non-responsabilità delle persone fisiche.....	120
3. La direttiva 2014/104/UE e il suo recepimento	123
3.1 La legittimazione ad agire nelle azioni di <i>private enforcement</i>	130
3.2 Le azioni follow-on e stand- alone.....	133
3.2.1 La prescrizione e il momento percettivo del danno.....	135
3.2.2 L’efficacia delle decisioni dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato nei giudizi civili	137
3.2.2.1 L’istituto degli impegni e le azioni di private enforcement	143
3.2.3 Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche dell’AGCM.....	147
4. Gli aiuti di Stato, la disciplina Europea contro distorsioni concorrenziali	154
4.1 L’art 107 TFUE: divieto generale e specifiche deroghe	155
4.2 Il <i>public enforcement</i> e l’egemonia della Commissione Europea.....	157
5. Uno sguardo extraeuropeo: la legislazione antitrust negli Stati Uniti.....	163
5.1 Lo <i>Sherman Antitrust Act</i>	165
5.2 Una disciplina Europea con prospettive di regolazione internazionale, il Digital Market Act	169
CAPITOLO III: L’enforcement avverso la disinformazione.....	173

1. La disinformazione e lo Stato di diritto	173
1.1 La libertà di manifestazione del pensiero e i suoi limiti	177
1.2 Il diritto di accesso a internet	188
1.3 L'AGCOM – l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il <i>public enforcement</i>	192
1.3.1 Il principio del pluralismo e altri principi generali	202
1.3.2 La disinformazione ai tempi del COVID-19	205
2. Gli interventi Europei avverso il problema informativo.....	211
2.1 La direttiva 2000/31/CE e il suo recepimento	212
2.1.1 Le piattaforme online, la loro responsabilità e il <i>private enforcement</i>	216
2.2 La <i>soft law</i>	221
2.3 Uno spazio digitale sicuro	225
2.3.1 Il <i>Digital Services Act</i>	226
3. La disinformazione nell'era dell'intelligenza artificiale.....	242
3.1 La nuova versione di ChatGPT: la disinformazione ai suoi massimi livelli	243
3.2 La proposta di regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale	249
3.2.1 I sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio	251
3.2.2 L'orientamento generale del Consiglio sulla proposta di regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale, ora voce al Parlamento Europeo	253
CAPITOLO IV- Un'analisi trasversale	256
1. Il <i>public enforcement</i>: Autorità amministrative indipendenti e Ministeri.....	256
1.1 La legittimazione democratica e l'indirizzo politico, prerogative ministeriali	257
1.2 L'indipendenza e le competenze tecniche, caratteristiche indefettibili delle autorità amministrative indipendenti	260
2. La complementarità tra strumenti di <i>public</i> e <i>private enforcement</i>.....	265
2.1 L'integrazione e la difforme efficacia di <i>public enforcement</i> e <i>private enforcement</i> nei diversi settori	270
2.2 L'orientamento nazionale e sovranazionale sull' <i>enforcement</i>	275
2.2.1 <i>Public enforcement</i> o <i>private enforcement</i> : la strategia privilegiata dalle amministrazioni	277
2.2.2 Quali privati giocano un ruolo protagonista azionando strumenti <i>private enforcement</i>	279
3. Una tutela giurisdizionale piena ed effettiva	283
3.1 Il giudice amministrativo, un sindacato completo sull'operato delle amministrazioni	284
3.2 Il <i>private enforcement</i> e il ricorso alla giurisdizione ordinaria	287
Conclusioni	290
Bibliografia.....	293

Legum denique idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus

M. T. Cicerone, Pro Cluentio, 66 A.C.

Introduzione

Il concetto di *enforcement* rimanda etimologicamente all'idea di forza, afferente a una nozione diversa da quella cui comunemente il termine rinvia, quale la forza fisica, militare, per riferirsi, invece, a una prerogativa irrinunciabile dello Stato di diritto.

Ivi, forza indica potere, quello di uno Stato di dare attuazione alle proprie leggi, contrastando e punendo illegittime e ingiustificate violazioni che indeboliscono la tutela dell'interesse per cui la disposizione legislativa nasce.

Il potere suddetto, che gli Stati assoluti, ieri e oggi, esercitano a proprio piacimento, viene qui in rilievo come prerogativa conferita, disciplinata, limitata *ex lege*, legge che anche e soprattutto lo Stato deve rispettare, cui anche lo stato è subordinato, in quanto fondato su principi democratici, l'Italia come tutti i Paesi appartenenti alla comunità sovranazionale rappresentata dall'Unione Europea.

È il livello eurounitario il motore delle regolamentazioni di cui si andrà a parlare nella trattazione che seguirà, motore che nasce e assume i poteri necessari all'azione grazie alla decisione presa dagli Stati membri di rinunciare a una parte delle proprie prerogative, per la realizzazione di un progetto più ampio e ambizioso, fondato sull'inclusione e sulla collaborazione.

Lo stesso principio di collaborazione sarà guida nella comprensione del rapporto tra poteri dello Stato e poteri del cittadino, cui si affiancano posizioni soggettive di vantaggio proprie di enti collettivi, rappresentativi di particolari categorie di cittadini.

L'*enforcement*, infatti, non può essere o almeno, non può più essere considerata prerogativa statale, poiché la relazione tra cittadini e potere dello Stato è stato riscritto, con accezione molto diversa rispetto alla tradizionale quanto risalente idea per cui il primo versava in una situazione di timore reverenziale nei confronti del secondo che agiva unilateralmente come autorità, alla luce del concetto di Stato di diritto. Quest'ultimo è uno Stato in cui la legge ha un valore inarrivabile e fondamentale, è lo strumento attraverso cui si riconoscono i diritti fondamentali dell'individuo e si limita l'autorità dell'amministrazione statale, legittimata ad agire solo in forza e nei limiti di quanto previsto *ex lege*, il che sarà oggetto di pervasivo controllo da parte dell'autorità giudiziaria, di cui sono garantite terzietà e indipendenza a norma della Costituzione.

Perciò, l'*enforcement* viene declinato in ambito pubblico e privato, rispettivamente *public enforcement* e *private enforcement*, così da coinvolgere i privati e legittimarli ad agire a tutela di ragioni personali ed egoistiche, ma sempre nell'ambito di settori in cui emergono interessi pubblici, quali quelli a oggetto della seguente analisi. Protagonisti della trattazione che seguirà, saranno i temi concernenti la tutela dell'ambiente, quale ospite dell'uomo la cui integrità e salubrità va preservata e rispettata in virtù della necessità di mantenere la biodiversità terrestre e di consentire alle generazioni

future di godere degli stessi privilegi delle generazioni passate e presenti; la salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato unico europeo, *primum movens* della riunione degli Stati appartenenti al vecchio continente in una comunità che li accomunasse; la protezione della libertà di manifestazione del pensiero, non tanto quale diritto soggettivo puramente individuale, ma, nella sua dimensione passiva di diritto ad essere informati, quale mezzo potenzialmente letale per gli ordini democratici faticosamente e dolorosamente formati a seguito della seconda guerra mondiale.

In campo ambientale, l'*enforcement*, qui declinato soprattutto a livello pubblico, risulta imprescindibile per ristabilire l'equilibrio nell'altalenante relazione esistente tra Uomo e natura, rapporto che sembra essere da sempre improntato alle logiche della teoria hegeliana di servo e padrone¹, una natura forte, irraggiungibile, incomprensibile che viene studiata e dominata dall'allora servo, l'Uomo, che divenendo padrone la sfrutta e ne abusa, fino a condurre a una nuova ribellione, probabilmente quella definitiva se non vi si pone rimedio, che è quella cui si sta assistendo, in cui catastrofi e calamità naturali sono all'ordine del giorno.

Il tema della concorrenza è centrale a livello europeo e diviene un interesse pubblico preordinato a garantire ai consumatori ampia scelta, innovazione tecnologica, ottimo rapporto qualità/prezzo, elemento fondamentale insomma per il progredire dei mercati, l'evoluzione economico-tecnologica e il soddisfacimento dei bisogni della società, finalità che in un mercato concorrenziale sono autonomamente assicurate dal mercato stesso. La concorrenza, infatti, ingenera un meccanismo di funzionamento in grado di selezionare e consentire la sopravvivenza degli operatori maggiormente capaci e meritevoli, piuttosto che quelli inadatti all'appagamento dei bisogni cui sono preordinati, un po' come tipico della selezione naturale darwiniana².

Il settore legato al problema del disordine informativo, è probabilmente il più complesso da affrontare, in quanto oggi strettamente connesso all'evoluzione tecnologica, alla pervasività e possibilità di divulgazione semplice, veloce, economica che la rete offre in ordine a qualunque informazione, nonché alle difficoltà legate al rintracciamento dei soggetti responsabili del comportamento rivolto alla diffusione di notizie accuratamente e miratamente manipolate (disinformazione) al fine di alterare, deviare e indirizzare la verità e, di conseguenza, l'agire degli utenti.

La complessità, la vastità, l'importanza degli interessi in questioni determina l'impossibilità di prescindere dall'instaurare un rapporto fortemente collaborativo tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati, gli unici in grado di coprire l'enorme ammontare di violazioni accorrenti nei diversi

¹ G. W. F. Hegel, *Fenomenologia dello Spirito*, 1807

² Nel mercato, in fondo, è assolutamente valido quanto diceva C. Darwin, *L'origine della specie*, 1859, a proposito dell'evoluzione delle specie in natura che, secondo la teoria darwiniana, avveniva in base alla cosiddetta "selezione naturale", capace di estrapolare gli esponenti delle diverse specie più forti e resilienti, e dotati di quelle caratteristiche fisiche tali da renderli più adatti degli altri alla sopravvivenza.

settori in quanto direttamente lesi dalle stesse, così da apprestare una compiuta e efficiente tutela dei valori sottesi, partecipando anche della collettività dei problemi che discendono da comportamenti *contra legem*.

È anche in questi ambiti che il cittadino può dimostrarsi proattivo a vantaggio proprio, come di tutti i consociati, il che attua il principio di solidarietà sociale espresso all'interno dell'art 2 della costituzione e, inoltre, dimostra la politicità, intesa in senso aristotelico, propria dell'Uomo che, in quanto tale, non può evitare di interessarsi e sentirsi coinvolto dalle faccende umane, che inevitabilmente lo riguardano³.

³ Publio Terenzio Afro, *Heautontimorumenos* (Ἐαυτὸν τιμωροῦμενος), verso 77 : “Homo sum, humani nihil a me alienum puto”

CAPITOLO I – *L’enforcement* in materia ambientale

Sommario: **1. La nozione di danno ambientale**; 1.1 L’interesse al bene “ambiente”; 1.1.1 L’avvento della disciplina europea in materia; 1.2 I principi di diritto internazionale dell’Ambiente; 1.2.1 Il principio di sviluppo sostenibile; 1.2.2 Il principio di precauzione; 1.2.3 Il principio “chi inquina paga”; 1.3 L’evoluzione legislativa nazionale; **2. L’ambiente quale bene collettivo unitario**; 2.1 La riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione italiana; 2.1.1 L’ambiente come limitazione alla libertà di iniziativa economica privata; 2.2 Gli strumenti di *public enforcement* per la tutela ambientale; 2.2.1 *L’enforcement* legato al principio di precauzione; 2.2.2 La disciplina della responsabilità da danno ambientale; 2.2.3 Il danno ambientale intrinseco, estrinseco, e derivato; 2.3 Il ruolo del *private enforcement*; 2.3.1 La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste; 2.3.2 La legittimazione ad agire dei privati; 2.3.3 La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo; **3. Il Green Deal europeo: una sfida contro il cambiamento climatico**; 3.1 La mancanza di strumenti di *enforcement* efficaci nel trattato; 3.2 Il rapporto tra *antitrust* e ambiente ai tempi del *Green Deal*

1. La nozione di danno ambientale

“È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima”.

Questi i confini tracciati nei confronti del concetto di danno, con riferimento alla lesione del bene “ambiente”, ex art. 300, comma 1⁴, del D.lgs. 3 aprile 2006 n. 156, riprendendo la definizione fornita dalla disciplina europea in materia⁵.

Dalla lettera della norma, emerge una configurazione del tutto generica della nozione di “danno ambientale”, improntata all’atipicità del comportamento illecito dal quale ha origine il nocumento. L’art. 300, infatti, parla di “*qualsiasi deterioramento*”, ossia qualunque danneggiamento⁶ che coinvolga l’ambiente inteso quale bene immateriale unitario, così definito dalla Corte Costituzionale sin dalla sentenza n. 641 del 1987⁷

Il termine “danno”, invece, rimanda alle conseguenze prodotte da un comportamento umano da cui deriva responsabilità civile. Si vedrà, però, che le peculiarità della lesione provocata all’*habitat*

⁴ È da precisare che, tra i possibili luoghi indicati al comma 2 dell’art. 300 come vittime di deterioramento ambientale, manca il riferimento all’aria. Essa è stata fatta rientrare nella nozione a seguito di concordanti pronunce giurisprudenziali. In proposito: Corte di Cassazione penale, Sez. III, 14 novembre 2018, n. 51475 ha statuito che: “In tema di danno all’ambiente, anche l’inquinamento dell’aria, se “significativo e misurabile”, è inquadrabile nella nozione di danno ambientale di cui all’art. 300, comma 1, D.lgs. n. 152/2006, rientrando l’aria nel novero delle “risorse naturali”; nè appare dirimente il fatto che il comma 2 dell’art. 300, nel precisare che costituisce danno ambientale qualsiasi deterioramento provocato a una serie di elementi naturali, non contenga alcun riferimento all’aria, ma soltanto alle specie e agli habitat protetti, alle acque (interne, marine e costiere) e al terreno” (Cassazione penale, Sez. III, 14 novembre 2018, n. 51475)

⁵ Art 2 paragrafo 2 della direttiva del Parlamento europeo e del consiglio del 21 aprile 2004 n. 35

⁶ Vocabolario Treccani: deterioramento: **deterioraménto** s. m. [der. di *deteriorare*]. – L’atto, il fatto di deteriorare, cioè di guastare o danneggiare: *il d. di beni pubblici è punito come reato* [...]

⁷ Corte Costituzionale, 30 dicembre 1987 n. 641. Nozione che verrà approfondita più avanti nel paragrafo 2

naturale difficilmente ammettono di sopperirvi tramite il ricorso all'istituto e alla disciplina della responsabilità civile.

Ai fini della presente trattazione, è bene evidenziare subito che l'attenzione alla difesa dell'ambiente, da cui discendono le numerose norme oggi presenti in materia, è frutto di riflessioni maturate di recente, a seguito della vertiginosa crescita economica cui si è assistito a seguito della seconda guerra mondiale⁸

1.1 L'interesse al bene "Ambiente"

La cura, anche intesa come preoccupazione, nei confronti del tema afferente alla tutela dell'ambiente quale interesse collettivo nasce nella seconda metà del secolo scorso, quando la crescita demografica (la grande accelerazione) ed economica, emergente a seguito dei due conflitti mondiali, portò a un maggiore e sempre più spasmodico sfruttamento delle risorse naturali, tale da portare alla luce le prime problematiche ambientali.

La prima presa di posizione sulla difesa del pianeta si sviluppa in seno alla conferenza di Stoccolma, tenutasi dal 5 al 16 giugno del 1972, durante la quale si evidenzia la necessità di cooperare a livello internazionale per salvaguardare le risorse naturali, indicando questo come dovere di ogni governo, affinché sia bilanciato il potere dell'Uomo di modificare la natura che lo ospita attraverso l'utilizzo delle nuove tecnologie, con la tutela di un ambiente di vita e di lavoro salubre.

Già con la dichiarazione⁹ che scaturisce dalla citata conferenza, quindi, emerge la correlazione tra lo sviluppo economico della società e l'integrità ambientale, quali settori inscindibilmente intrecciati. Nel lungo percorso legislativo che ha portato la materia ambientale alla normazione attuale, regolazione sviluppatasi sempre a partire da principi discussi a livello internazionale, poi assimilanti in ambito comunitario e, a cascata, nell'ordinamento nazionale, si è cercato strenuamente di smembrare il legame suddetto per conciliare una costante crescita economica con l'imprescindibile dovere di tutelare l'ambiente, per le generazioni presenti e, soprattutto, per quelle future.

Da qui nasce il concetto di sviluppo sostenibile, anch'esso elaborato nello stesso anno in cui si tenne la Conferenza di Stoccolma, il 1972, con la nascita del *Club* di Roma¹⁰, da cui scaturì la pubblicazione

⁸ Solo per completezza, si ricorda che il secondo conflitto bellico mondiale si sviluppa nel periodo che intercorre tra il 1939 e il 1945. La ritrovata pace, soprattutto in Europa, stimola la nascita di alleanze, comunità, rivolte all'unione economica e al mantenimento della distensione ritrovata tra i Paesi europei fino a poco tempo prima in guerra tra loro. È così che si arriva, dopo la dichiarazione Schumann del 9 maggio 1950, alla formazione della CECA (comunità europea del carbone e dell'acciaio), il cui trattato è stato firmato Parigi il 18 aprile 1951, e poi a CEE (comunità economiche europee) ed Euratom, con la firma dei trattati di Roma il 25 marzo del 1957.

⁹ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Stockholm 1972. In occasione della stessa, venne anche formulato l'UNEP: united nations environmental programme che promuove la cooperazione per il raggiungimento degli obiettivi di tutela ambientale

¹⁰ Il club di Roma fu una non-organizzazione, come amava definirla il suo fondatore, Aurelio Peccei, che formò vari studiosi i quali, in cooperazione con l'università del Massachusetts, MIT (Massachusetts institute of technology) realizzarono un programma di crescita sostenibile

di una delle pietre miliari nell'ambito dello studio della connessione tra sviluppo economico e degrado ambientale, ossia il testo intitolato "*The limits of growth*"¹¹.

In esso si evidenziava come la crescita esponenziale e illimitata che il mondo industrializzato stava già allora portando avanti, sarebbe stata causa di innumerevoli catastrofi ambientali, poiché fondata su un assunto errato, quello secondo cui era legittimo inseguire l'utopia di una crescita infinita, pur essendo ospiti di un pianeta "finito". Proprio tale presunzione sta alla base del principio dello sviluppo sostenibile¹², che tende a paventare l'ipotesi di un mondo in cui l'impatto ambientale non sia direttamente proporzionale alla rilevanza economica dell'attività impattante.

Con il passare del tempo, lo sguardo alle tematiche ambientali diventa sempre più pregnante e, dalle numerose riflessioni e discussioni intavolate in ambito internazionale, emerge con forza dirompente l'importanza della costruzione di una società connaturatamente fondata sullo sviluppo sostenibile. Nel 1987 viene pubblicato dalla Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo¹³ il cosiddetto rapporto Brundtland¹⁴ che, da un'attenta analisi delle differenze tra Nord e Sud del mondo, in cui il primo si presenta come foriero di una società industrializzata e focalizzata su una crescita economica rappresentata da una curva in costante ascesa, al contrario del secondo che vive nella più assoluta povertà, si definisce il principio di quello che, in inglese, è detto "*sustainable development*"¹⁵.

A seguito della pubblicazione del rapporto Brundtland, l'Assemblea generale dell'ONU decise, nel 1989, di indire una conferenza delle Nazioni unite su ambiente e sviluppo e, così, si arrivò al 1992, anno della Conferenza di Rio de Janeiro¹⁶. Da tale incontro emerse una dichiarazione composita contenente 27 principi.

¹¹ I limiti della crescita: D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. Randers, W. W. Behrens III, *The limits to growth*, 1972. Il 2 marzo 1972 si tenne la presentazione a Washington. Nasce dallo studio di 18 mesi perpetrato da studiosi del Massachusetts. Il testo propone 5 conclusioni: limiti fisici alla crescita; se si ignoreranno questi limiti perpetrando politiche a breve termine, si crollerà e sarà drammatico ovunque e sebbene diverse, nelle diverse parte del mondo a seconda di società e livello e di industrializzazione (Regan nel discorso inaugurale del mandato nel 1985 nega i limiti alla crescita ed espansione umana) le conseguenze saranno disastrose; la terza conclusione asserisce l'esistenza di un'alternativa nel bilanciamento tra popolazione e produzione con le risorse disponibili; la quarta conclusione è che ci vorrà circa un secolo per completare l'equilibrio (Obama nel 2009 inserisce nel discorso la preoccupazione verso la minaccia dei cambiamenti climatici, vista come in crescita e urgente); l'ultima conclusione è che il tempo che si perde ad individuare obiettivi e modalità di raggiungimento degli stessi finisce per rendere il compito sempre più arduo e diminuiscono le possibilità di raggiungere i risultati sperati. Gli studiosi erano stati formati a Roma da Aurelio Peccei (club di Roma nato nel 1968: per qualcuno un'organizzazione di destra votata al mantenimento del sistema capitalistico, secondo gli enti governativi il contrario, ma loro si collocavano al centro, come rivelato dal co-fondatore Alexander King).

¹² Di cui si tratterà più diffusamente nel paragrafo 1.2.1

¹³ che venne istituita nel 1983

¹⁴ prende il nome dalla coordinatrice dei lavori della commissione suddetta: Gro Harlem Brundtland

¹⁵ come si dirà meglio nel paragrafo 1.2.1, lo sviluppo sostenibile è definito come quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri.

¹⁶ Anche nota come Conferenza delle Nazioni Unite su Ambiente e Sviluppo, o come Summit della Terra. Da tale momento di incontro prendono forma alcuni tra i più importanti accordi internazionali in materia ambientale. In seno alla conferenza si promuovono le prime due Convenzioni ONU: la convenzione-quadro sui cambiamenti climatici e la

Sin dal primo principio, si conferma la visione antropocentrica che guida la definizione degli strumenti necessari per la realizzazione di un mondo sostenibile¹⁷, che riesca nell'intento di conciliare la produttività e il rispetto della natura. Al fine di concretizzare il principio del *sustainable development*, in seno alla stessa Conferenza di Rio si è stilato un ulteriore documento, atto a fungere da guida per il raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità, l'agenda 21¹⁸.

Tra i passi internazionali più importanti e successivi al 1992 si registrano la Convenzione di Aarhus del 1998¹⁹ e il vertice di Johannesburg del 2002 durante il quale si focalizzò ancora una volta l'attenzione sullo sviluppo sostenibile e sui progressi compiuti nell'attuazione dell'Agenda 21²⁰. Dopo 20 anni dal Summit della Terra, si tenne, dal 20 al 22 giugno 2012, la Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile²¹.

Le ultime tappe degne di nota in seno al percorso internazionale in materia di salvaguardia ambientale risalgono al 2015. Il 25 settembre viene sottoscritta da 193 Paesi membri dell'ONU l'Agenda 2030, che propone 17 obiettivi di validità globale connessi allo sviluppo sostenibile e, per questo, volti alla riduzione di povertà e diseguaglianze per la realizzazione di un mondo "più sostenibile per tutti"²². Nello stesso anno, il 12 dicembre 2015, viene firmato l'accordo di Parigi orientato al contenimento dei cambiamenti climatici e alla riduzione delle emissioni climalteranti²³.

Queste, come altre importanti enunciazioni di principi a livello internazionale, sono i pilastri della disciplina europea e, quindi, nazionale, con riguardo al composito tema della difesa dell'ambiente.

Nei paragrafi successivi si darà conto del cammino compiuto a livello comunitario/unionale e nazionale.

Convenzione sulla biodiversità. Dopo solo due anni, l'ONU promuove la firma di un'ulteriore convenzione, quella per la lotta contro la desertificazione, promossa nel 1994 ed entrata in vigore nel 1996

¹⁷ il principio 1 della dichiarazione di Rio scaturita dalla conferenza riunita dal 3 al 14 giugno del 1992, sancisce che: gli esseri umani sono al centro delle preoccupazioni relative allo sviluppo sostenibile. Essi hanno diritto a una vita sana e produttiva in armonia con la natura.

¹⁸ Nell'Agenda 21 è fondamentale soprattutto il riferimento alle comunità locali come responsabili per l'attuazione dello sviluppo sostenibile, data l'importante e crescente percentuale di abitanti nelle zone urbane.

¹⁹ La convenzione di Aarhus riguarda il diritto alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale. Venne firmata il 25 giugno del 1998 ed entrò in vigore il 30 ottobre 2001. L'Italia ha ratificato la Convenzione con la L. 16 marzo 2001 n. 108

²⁰ dal vertice scaturirono la dichiarazione di Johannesburg e il piano di attuazione del Vertice Mondiale per uno sviluppo sostenibile. Esso non costituisce un documento dalla portata vincolante ma è un utile parametro in base al quale verificare l'andamento delle attività governative.

²¹ detta anche Rio +20 in quanto tenutasi nella stessa città brasiliana in cui 20 anni prima si discusse la conferenza su ambiente e sviluppo. Anche questa fu l'occasione per la verifica dei progressi e per il rinnovo degli impegni assunti in ambito internazionale al fine di cambiare marcia e ridurre il disastroso impatto ambientale delle attività antropiche

²² essa dà seguito ai risultati del Millennium development goals tenutosi nel 2000, si propone 17 obiettivi che considerano le tre dimensioni dello sviluppo sostenibile: quella economica, quella sociale e quella ecologica. <https://www.agenziacoesione.gov.it/comunicazione/agenda-2030-per-lo-sviluppo-sostenibile/>

²³ entra in vigore il 4 novembre del 2016 e viene stipulato tra i Paesi membri della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici

1.1.1 L'avvento della disciplina europea in materia

I trattati di Roma del 1957 non si occupavano di ambiente, in quanto la preservazione di quest'ultimo non aveva ancora acquisito una rilevanza tale da giustificare la definizione di una politica comune in materia. Ciò anche perché il rischio connesso al danneggiamento ambientale non era percepito come primario.

L'interesse al tema si sviluppa a partire dalla già richiamata Conferenza delle Nazioni Unite a Stoccolma e il successivo Consiglio delle Comunità Europee a Parigi che ha posto le basi per la formulazione di principi informatori, quali quello dell'azione preventiva rispetto al danneggiamento dell'ecosistema. Da qui le Comunità Europee iniziano a predisporre una serie di programmi di azione per l'ambiente.

A questo proposito, è sicuramente degno di nota il IV programma, emerso a seguito della presa di consapevolezza in ordine alla necessità di dettare una disciplina ambientale comune, che ha enunciato per la prima volta il concetto dell'integrazione della politica ambientale con le altre politiche comunitarie.

Nel corso degli anni '80, la politica ecologica europea si fa sempre più ampia e concreta, anche grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, *inter alia*, nella sentenza del 7 febbraio 1985, rispondendo ad una pronuncia pregiudiziale vertente sulla validità della direttiva 75/439/CEE, evidenzia la portata della tutela dell'ambiente quale interesse generale costituente "uno degli scopi essenziali della Comunità"²⁴.

A ciò segue, nel 1986, la firma dell'Atto Unico Europeo (AUE) che introduce per la prima volta la materia ambientale tra le politiche comunitarie, dedicandovi il Titolo VII. L'AUE, al suo art. 25²⁵, asserisce che: "l'azione della Comunità in materia ambientale ha l'obiettivo:

- Di salvaguardare, proteggere, migliorare la qualità dell'ambiente;
- Di contribuire alla protezione della salute umana;
- Di garantire un'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali"

Lo stesso articolo, pur contemplando e incoraggiando l'azione comune degli Stati membri, lascia che gli stessi operino autonomamente con riguardo alla conclusione di accordi internazionali in materia e a legiferazioni maggiormente garantiste della protezione del bene in oggetto.

²⁴ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 7 febbraio 1985, C- 240/83; poco dopo, nel 1988, definirà la tutela ambientale come una "esigenza imperativa" nella sentenza del 20 settembre 1988 in causa 302/86, al punto 9). Da tale esigenza poteva discendere una limitata applicazione dell'art. 30 TCE (ora art. 34 TFUE) in tema di libera circolazione delle merci, a condizione che la norma restrittiva del commercio rispettasse i criteri di non discriminazione e di proporzionalità.

<https://rivista.eurojus.it/lesigenza-di-tutela-dellambiente-ed-il-principio-chi-inquina-paga-in-una-recente-pronuncia-della-corte-di-giustizia/>

²⁵ Art. 25, titolo VII, art 130 R Atto Unico Europeo, firmato il 17 febbraio 1986 a Lussemburgo

Nel 1992, la conferenza di Rio de Janeiro ha riaperto i riflettori sulla tutela ambientale a livello internazionale. L'Agenda21 afferma la necessità di una maggiore equità nella distribuzione delle risorse naturali per uno sfruttamento proporzionato e responsabile, nonché informato al principio di precauzione.

Tutti questi principi confluirono in nuovi e importanti atti delle Comunità Europee.

Il V programma di azione per l'ambiente, riferito al periodo compreso tra il 1993 e il 2000, propone una politica rivolta all'attuazione di uno sviluppo sostenibile, attraverso una cooperazione di portata globale orientata alla protezione dell'ecosistema, a un utilizzo più consapevole delle risorse naturali tale da donare loro una vita più duratura così da renderle fruibili anche da parte delle generazioni future.

Il trattato di Maastricht del 1992 sottolinea la priorità del tema ambientale e, all'art 130 R²⁶, riporta gli obiettivi, già codificati dall'Atto Unico Europeo, arricchiti da un quarto punto afferente alla "promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale".²⁷

Al comma successivo, il trattato codifica uno dei principi più importanti in materia ambientale, il principio di precauzione, ove asserisce che: "la politica della Comunità in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni della Comunità. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio chi inquina paga".²⁸

Proseguendo sulla strada della concretizzazione dell'idea di sviluppo sostenibile, nel 1994, la conferenza di Aalborg promuove la profusione di un maggiore impegno da parte degli Stati Europei per la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda21.

Si giunge, così, al trattato di Amsterdam che ribadisce e rafforza l'importanza dello sviluppo sostenibile ed *ex art. 2* promuove "un alto grado di protezione e miglioramento della qualità dell'ambiente"²⁹. Tale necessità di tutela si lega alla doverosa integrazione della politica ambientale negli altri settori di azione comunitaria, principio che viene nuovamente affermato dal Vertice di Cardiff nel 1998, con particolare riguardo ai settori di agricoltura ed energia.

Negli stessi anni, però, si raggiunge la consapevolezza che solo la cooperazione della totalità dei soggetti coinvolti avrebbe potuto portare a risultati tangibili in tempi ragionevoli. Coerentemente, la

²⁶ Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992

²⁷ Art. 130 R, comma 1 trattato di Maastricht

²⁸ i principi menzionati saranno meglio analizzati nel paragrafo concernente i principi internazionali

²⁹ trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre del 1997 ed entrò in vigore il giorno 1 maggio 1999. Il relativo art 2 par 2 stabilisce che la comunità ha il compito di promuovere, tra le altre cose, anche un elevato livello di protezione dell'ambiente. trattato di Amsterdam

convenzione di Aarhus del 1998 evidenzia la necessità che i cittadini siano informati riguardo alle condizioni ambientali e alle connesse tematiche, di modo che possano partecipare consapevolmente ai processi decisionali delle istituzioni. Una decisione condivisa, infatti, “ha più probabilità di essere attuata in modo ottimale grazie alla collaborazione di tutti”³⁰. Nella stessa Convenzione, l’accesso alle informazioni e la partecipazione ai processi decisionali e accesso alla giustizia in materia ambientale vengono qualificati come **diritti appartenenti al pubblico**, composto da persone fisiche o giuridiche, singole o riunite in gruppi, associazioni, organizzazioni³¹.

Subito dopo, nel 2000, si conclude il periodo di validità del V programma di azione per l’ambiente. Nell’analizzare il raggiungimento degli obiettivi prefissati al momento della sua formulazione, si registrano sì dei miglioramenti, ma non tali quali quelli sperati. I settori di agricoltura e turismo, infatti, risultano particolarmente ostili all’integrazione della politica di tutela ambientale nella loro regolamentazione.

Partendo proprio dal punto in cui il Quinto piano si è arrestato, viene sviluppato il Sesto Programma di azione per l’ambiente, relativo al periodo 2002-2012, che si fonda su cinque pilastri:

- *“migliorare l’applicazione della legislazione vigente,*
- *integrare le tematiche ambientali nelle altre politiche,*
- *collaborare con il mercato,*
- *coinvolgere i cittadini modificandone il comportamento e*
- *tener conto dell’ambiente nelle decisioni in materia di assetto e gestione territoriale.”*³²

Nello stesso Programma, si ribadisce la necessità di cooperazione di tutti i cittadini, raggiungibile attraverso un più efficiente sistema di accesso alle informazioni inerenti all’ambiente e con un aperto confronto tra soggetti rivolto al miglioramento generale dei comportamenti, così da renderli confacenti alla vittoria della più importante lotta degli ultimi decenni, quella contro il cambiamento climatico.

Oggi, a seguito dell’entrata in vigore dei trattati di Lisbona, la materia ambientale risulta essere retta dal regime delle competenze concorrenti *ex art 4* del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE). L’azione unionale è, quindi, informata al principio della sussidiarietà.

La tutela dell’ambiente è, però, come più volte detto, una materia dalla portata trasversale, atta a integrarsi in tutti gli altri settori di intervento comunitario. Per tale ragione, l’art 11 TFUE lega le esigenze connesse alla protezione dell’ecosistema alla promozione dello sviluppo sostenibile.

³⁰ C. Tagliaferro, *La politica ambientale europea: l’evoluzione, i principi e gli strumenti*: <http://wpage.unina.it/cicia/PoliticaUE.pdf>

³¹ L’art. 1 della convenzione esplicita le Finalità della stessa individuando i diritti menzionati. L’art. 2, invece, si occupa delle definizioni, quella di “pubblico” è contenuta in art. 2, paragrafo 4.

³² Il sesto programma di azione per l’ambiente, Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento, COM (2001)31, <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/sixth-environment-action-programme.html>

L'incentivo alla sostenibilità non può prescindere dalla dissociazione tra sviluppo economico e salubrità ambientale, ora legati da un rapporto inversamente proporzionale. Nel corso di molti decenni, infatti, l'esponentiale crescita economica si è accompagnata a un inaccettabile degrado ecosistemico. Tale dato era già evidenziato tra i proclami della dichiarazione che scaturì dalla conferenza di Stoccolma del 1972 ove si rileva che *“la capacità dell'uomo di trasformare l'ambiente circostante, se usata con saggezza, può portare a tutti i popoli i benefici dello sviluppo e l'opportunità di migliorare la qualità della vita. Se applicato in modo errato o noncurante, lo stesso potere può causare danni incalcolabili agli esseri umani e all'ambiente umano, disturbi indesiderati dell'equilibrio ecologico, esaurimento di risorse insostituibili e gravi carenze, dannose per la salute fisica, mentale e sociale dell'uomo, nell'ambiente creato dall'uomo, in particolare nell'ambiente di vita e di lavoro”*³³. Il principio 13³⁴ della stessa dichiarazione riprende il concetto, invitando gli Stati ad adottare politiche di sviluppo compatibili con il miglioramento delle condizioni ambientali.

Da qui, si ricerca spasmodicamente una strada che guidi la scissione dello stretto rapporto intercorrente tra crescita economica e deterioramento del pianeta, imprescindibile per consentire che la prima si realizzi all'insegna dell'eco-efficienza e della sostenibilità.

Nonostante il tempo trascorso e gli strumenti adottati, a oggi il cammino per il raggiungimento di obiettivi minimi risulta ancora lungo e assolutamente tortuoso.

Durante il percorso, a fungere da faro sono stati e sempre saranno i principi fondamentali sviluppatasi in seno ai dibattiti internazionali.

Nel prossimo paragrafo si farà una rapida enunciazione dei valori imprescindibili cui la tutela dell'ambiente si informa.

³³ libera traduzione del considerando 3 dichiarazione di Stoccolma

³⁴ Il principio prevede che: “In order to achieve a more rational management of resources and thus to improve the environment, States should adopt an integrated and coordinated approach to their development planning so as to ensure that development is compatible with the need to protect and improve environment for the benefit of their population”.

1.2 I principi di diritto internazionale dell'ambiente

Nel corso degli ultimi decenni, soprattutto a partire dalla già richiamata Conferenza delle Nazioni Unite a Stoccolma³⁵, sono andati delineandosi a livello internazionale i principi fondamentali concernenti la tutela dell'ambiente, poi confluiti anche nella disciplina europea e, quindi, nazionale. Tanti sono i pilastri della protezione ambientale, tra cui si ricordano: il principio dell'azione preventiva, quello di precauzione, il principio dello sviluppo sostenibile, il principio del "chi inquina paga", il principio della sovranità sulle risorse naturali, il principio di cooperazione, il principio di correzione in via prioritaria alla fonte.

La sovranità degli Stati sulle risorse naturali è una statuizione già presente all'interno del principio 21 della dichiarazione di Stoccolma del 1972. Questo asserisce che: *"gli Stati[...]hanno il diritto sovrano di sfruttare le risorse in loro possesso secondo le loro politiche ambientali, e anche il dovere di assicurare che le attività entro la loro giurisdizione e soggette al loro controllo non causino danni all'ambiente di altri Stati o a zone poste al di là dei confini della giurisdizione nazionale"*³⁶. Tale principio, poi ribadito ex Principio 2³⁷ della dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, sancisce il diritto degli Stati di gestire autonomamente le risorse presenti all'interno dei confini nazionali.

Il potere appena enunciato, però, ha come contropartita il dovere di scongiurare e prevenire la perpetrazione di attività potenzialmente nocive oltre i suddetti confini, fonte di danni transfrontalieri.

Per quanto concerne il principio dell'azione preventiva, esso impone agli Stati di adottare la diligenza necessaria a prevenire il danno. Esso è posto a fondamento dell'azione comunitaria sin dalla sua inclusione all'interno dell'art. 130 R dell'AUE, ed è inoltre sancito da varie convenzioni di portata internazionale³⁸. La prevenzione riguarda la possibilità che si verifichi un danno conosciuto e misurabile, la cui formazione si ha il dovere di scongiurare mettendo in campo le misure necessarie.

³⁵ Si veda in proposito i paragrafi 1.1 e 1.1.1

³⁶ Liberal traduzione del principio 21 della dichiarazione di Stoccolma: Principle 21: "States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction".

³⁷ Principio 2 della Dichiarazione di Rio: "Conformemente alla Carta delle Nazioni e ai principi del diritto internazionale, gli Stati hanno il diritto sovrano di sfruttare le proprie risorse secondo le loro politiche ambientali e di sviluppo, e hanno il dovere di assicurare che le attività sottoposte alla loro giurisdizione o al loro controllo non causino danni all'ambiente di altri Stati o di zone situate oltre i limiti della giurisdizione nazionale".

³⁸ G. Vergallo, *Danno ambientale - tra private enforcement e pene private*, 2019, https://etd.adm.unipi.it/theses/available/etd-09052015-153202/unrestricted/Danno_ambientale_Tra_private_enforcement_e_pene_private.pdf, nota 81, in cui si fa riferimento alla Convenzione di Ginevra, sull'inquinamento atmosferico transfrontaliero a lunga distanza, 1979 e alla Convenzione di Vienna, per la protezione dello stato di ozono, 1985

Altro importante principio inerente alla salvaguardia ambientale è quello di cooperazione. È indubbio, infatti, che il problema ambientale non possa essere circoscritto all'interno di confini determinati né determinabili in quanto coinvolge, senza alcuna esclusione, tutto il pianeta.

In ragione di ciò, gli obiettivi rivolti alla risoluzione del problema suddetto devono essere congiuntamente perseguiti dagli Stati. Il Principio 12 della Dichiarazione di Rio de Janeiro sancì tale necessità onerando i Paesi del compito di “cooperare per promuovere un sistema economico internazionale aperto e favorevole, idoneo a generare una crescita economica ed uno sviluppo sostenibile in tutti i paesi ed a consentire una lotta più efficace ai problemi del degrado ambientale”³⁹. L'importanza della collaborazione, qui incentrata sul rapporto tra gli Stati sovrani, emerge via via anche nella sua dimensione privatistica, in relazione al bisogno di coinvolgere ogni sezione della società civile per perseguire e, auspicabilmente, ottenere i risultati voluti legati alla realizzazione di un mondo eco-sostenibile⁴⁰.

Si andrà ora a trattare brevemente dei più importanti e discussi principi informatori della materia ambientale: il principio dello sviluppo sostenibile, di precauzione, e del “chi inquina paga”.

1.2.1 Il principio di sviluppo sostenibile

Il principio dello sviluppo sostenibile funge da ispirazione nei confronti di tutte le politiche ambientali.

Queste ultime, infatti, come già anticipato, mirano principalmente a riuscire nella realizzazione di una diversa connessione tra la crescita economica e il degrado ambientale. Il fine ultimo delle discipline, alla luce della prospettiva antropocentrica da cui si originano, è orientato a garantire il diritto dell'uomo ad un ambiente salubre, senza che si sacrifichi la suddetta crescita. Questa deve quindi fondarsi sì sul concetto di sviluppo, ma sostenibile. Esso viene definito dal Rapporto Brundtland nel 1987⁴¹ come lo sviluppo capace di garantire il soddisfacimento dei bisogni della generazione presente, senza compromettere la possibilità di soddisfarli per le generazioni future⁴².

Si è già parlato della sua codificazione negli atti delle Comunità Europee, ma è da evidenziarsi la sua portata internazionale, prima di quella sovranazionale. Il principio, infatti, nasce a livello globale come asse portante dell'impegno profuso per la tutela dell'ambiente.

³⁹ Principio 12, primo periodo, dichiarazione di Rio de Janeiro, 1992

⁴⁰ Della cooperazione di privati si parlerà nel paragrafo 4 relativo al *green new deal*

⁴¹ Si veda paragrafo 1.1

⁴² La definizione di sviluppo sostenibile qui utilizzata deriva dalla formulazione elaborata nel 1987 dalla c.d. Commissione *Brundtland*, si veda par 1.1

Per la sua concretizzazione, il Principio 5 della dichiarazione di Rio invita gli stati alla cooperazione, indispensabile per il raggiungimento di obiettivi di risonanza globale, al fine di migliorare le condizioni di vita di tutta la popolazione mondiale, combattendo la povertà.

Legati al concetto di sviluppo sostenibile, sono i principi di equità inter-generazionale e intra-generazionale. La prima riguarda il dovere di garantire uno sviluppo equo con riguardo a tutte le classi sociali e a tutti Paesi, anche quelli non ancora industrializzati. È per questo che accanto a tale principio si sviluppa quello delle responsabilità comuni ma differenziate⁴³, che consente agli Stati in via di sviluppo di perseguirlo con gli stessi strumenti utilizzati dal mondo occidentale, anche se ecologicamente dannosi. Questa determinazione nasce dalla considerazione secondo cui è giusto che siano i Paesi protagonisti delle secolari attività cause dell'alterazione dell'equilibrio ecosistemico ad assumersene la responsabilità e cambiare passo, prima di coloro che non si sono mai affacciati allo stesso progresso tecnico-economico.

L'equità intergenerazionale, invece, si fonda su un utilizzo consapevole delle risorse naturali al fine di consentirne lo sfruttamento anche in futuro. Ciò non è atto ad appiattire e stagnare i processi di evoluzione economica, ma solo a renderli coerenti con la finitezza del pianeta e del capitale naturale⁴⁴ che offre. Per il raggiungimento di tale obiettivo è necessario orientare lo sfruttamento delle risorse ambientali al rispetto della velocità con la quale si riproducono. Con riguardo alle risorse non rinnovabili, esse devono essere utilizzate nella consapevolezza che devono durare il più a lungo possibile, finché non si rintracci una risorsa sostitutiva.

L'idea della sostituzione è propria di un altro aspetto afferente alla composizione del principio dello sviluppo sostenibile. Questo può essere interpretato in maniera più o meno stringente.

Ove si abbracci l'idea secondo cui il capitale naturale può essere sostituito da quello artificiale, si adotta un modello di **sostenibilità debole**, viceversa si propende per la scelta di una **sostenibilità forte**.

In qualunque caso, però, il perseguimento di obiettivi votati alla sostenibilità non può prescindere dall'integrazione della tutela ambientale in tutti i processi connessi allo sviluppo economico.

⁴³ inserito anche all'interno del Protocollo di Kyoto del 1997

⁴⁴ "Il Capitale Naturale include l'intero stock di beni naturali - organismi viventi, aria, acqua, suolo e risorse geologiche - che contribuiscono a fornire beni e servizi di valore, diretto o indiretto, per l'uomo e che sono necessari per la sopravvivenza dell'ambiente stesso da cui sono generati" - Primo rapporto sullo stato del capitale naturale in Italia, 2017

È quanto si sancisce già nel Principio 4⁴⁵ della dichiarazione di Rio, secondo il quale la difesa ambientale e il processo di sviluppo devono compenetrarsi fino a fondersi, unitamente al Principio 8⁴⁶, che segnala il dovere degli Stati di predisporre politiche adeguate allo scopo.

Questo conferma che la sostenibilità non deve paralizzare l'economia, anzi è lo stesso principio di sviluppo sostenibile che consta di tre elementi coesistenti: la crescita economica; la coesione sociale; la protezione ambientale⁴⁷.

1.2.2 Il principio di Precauzione

Altro pilastro della tutela ambientale è il principio di precauzione. Anch'esso vede una precisa definizione da parte della dichiarazione di Rio al Principio 15⁴⁸, che ammonisce gli Stati riguardo all'imprescindibilità di un approccio all'ambiente improntato alla cautela e, anche in mancanza di una "piena certezza scientifica", dell'adozione di misure idonee ed effettive per la prevenzione del deterioramento ambientale. Questo implica il dovere di agire in protezione dello *status* dell'ambiente, evitandone il più possibile qualsiasi degrado.

Laddove manchino misure scientificamente testate come idonee a scongiurare la sopravvenienza di un qualsiasi nocimento all'ambiente, si dovranno delineare degli interventi adeguati da attuare in via precauzionale.

Il principio di precauzione è stato codificato in ambito comunitario dal trattato di Maastricht e, poi, oggetto di costanti pronunce e interpretazioni da parte della Corte di Giustizia. Il giudice europeo lo ha da sempre considerato uno strumento fondamentale per il perseguimento degli obiettivi prefissati in ordine alla protezione dell'ecosistema, interesse che, del resto, a dire della stessa Corte, è idoneo a giustificare compressioni delle quattro libertà fondamentali⁴⁹. Tale assunto è contenuto in diverse sentenze comunitarie, tra cui la già richiamata sentenza del 7 febbraio del 1985⁵⁰.

⁴⁵ Dichiarazione di Rio de Janeiro, 1992 - Principio 4: "Al fine di pervenire ad uno sviluppo sostenibile, la tutela dell'ambiente costituirà parte integrante del processo di sviluppo e non potrà essere considerata separatamente da questo".

⁴⁶ Dichiarazione di Rio de Janeiro, 1992 Principio 8: "Al fine di pervenire ad uno sviluppo sostenibile e ad una qualità di vita migliore per tutti i popoli, gli Stati dovranno ridurre ed eliminare i modi di produzione e consumo non sostenibili e promuovere politiche demografiche adeguate".

⁴⁷ Per un approfondimento sul principio dello sviluppo sostenibile F. Fracchia: "Il principio dello sviluppo sostenibile" - Studi sui principi del diritto amministrativo, 2012 - iris.unibocconi.it e "sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future" - Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente, 2010 - iris.unibocconi.it

M. Montini "SDGs e sviluppo sostenibile nel diritto internazionale dell'ambiente" -FEDERALISMI. IT, 2019 - usiena-air.unisi.it

M. Silvestri "Sviluppo sostenibile: un problema di definizione"- Gentes, 2015 - academia.edu; asvis: allenaza italiana per lo sviluppo sostenibile: <https://asvis.it/sviluppo-sostenibile>

⁴⁸ Principio 15 stabilisce che: "al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il principio di precauzione. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale".

⁴⁹ Le quattro libertà fondamentali per la creazione del mercato unico europeo sono: la libera circolazione delle merci la libera circolazione delle persone; la libera prestazione dei servizi; la libera circolazione dei capitali

⁵⁰ Vd. 1.1.1

Oggi, il principio di precauzione è codificato *ex art.* 191 TFUE, paragrafo 2, che lo annovera tra i valori di riferimento cui si informa l'azione unionale in tema ambientale.

È da rilevare che la precauzione è affine, ma sostanzialmente diversa dalla prevenzione. La prima, infatti, “svolge la medesima funzione, ma in situazioni diverse”⁵¹. La differenziazione attiene alla conoscenza scientifica e alla misurabilità del rischio ambientale. Il principio di precauzione sottende la necessità di agire in mancanza di riscontri scientifici sulle modalità più idonee ad affrontare la situazione contingente in cui si rinviene la minaccia di un danno all'ecosistema.

Il campo di azione del principio di precauzione è stato più volte definito dalla Corte di Giustizia. La sezione IV della Corte, nella pronuncia del 16 giugno 2022 ha dichiarato che: *“Il principio di precauzione implica che, quando sussistono incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, possano essere adottate misure protettive senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di detti rischi. Qualora risulti impossibile determinare con certezza l'esistenza o la portata del rischio asserito, a causa della natura non concludente dei risultati degli studi condotti, ma persista la probabilità di un danno reale per la salute pubblica nell'ipotesi in cui il rischio si realizzasse, il principio di precauzione giustifica l'adozione di misure restrittive”*⁵².

Con riguardo alla portata del principio di precauzione, la Corte, nella pronuncia sulla causa 162/21, ricorda, a proposito delle disposizioni del Regolamento 1107/2009⁵³, che esse *“si fondano sul principio di precauzione”*, quale **valore propulsivo** della politica di tutela unionale che persegue un elevato livello di protezione ambientale, come previsto *ex art.* 191, paragrafo 2, primo comma, TFUE, *“al fine di garantire che le sostanze attive o i prodotti immessi sul mercato non abbiano effetti nocivi per la salute umana o animale o l'ambiente”*.

L'idea secondo cui il principio in oggetto afferisca all'alto di livello di protezione assicurata all'ambiente da parte della politica europea, sicuramente coerente con il significato stesso del termine *“precauzione”*, viene ripresa in diverse pronunce della CGUE, tra cui l'ordinanza sulla causa 121/21 R⁵⁴.

La coesistenza di previsioni legislative e interventi giurisdizionali, dimostra quanto, sia a livello normativo che giurisprudenziale, l'interesse sovranazionale alla protezione del pianeta abbia nel tempo concretizzato i principi e rispettato gli impegni assunti a livello internazionale con l'attuazione di questo, come di altri principi informatori della materia.

⁵¹ G. Vergallo, *op. cit.*

⁵² CGUE, Sez. IV, 16 giugno 2022, ECLI:EU:C:2022:470, cause riunite C-65/21, C-73/21, C-75/21.

⁵³ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 21 ottobre 2009, n. 1107, relativo all'immissione sul mercato di prodotti fitosanitari e che abroga le direttive del Consiglio 79/117/CEE e 91/414/CEE

⁵⁴ Ordinanza del vicepresidente della CGUE del 20 settembre 2021 - Repubblica ceca contro Repubblica di Polonia

La tutela dell'ambiente, del resto, non può prescindere dalla previsione della possibilità di mettere in campo misure efficaci al fine di scongiurare la formazione di lesione della cui entità poco si sa per l'assenza di riscontri scientifici pieni e sicuri a riguardo. Ciò implica non solo l'ignoranza in ordine alla strada più idonea da percorrere per affrontare e risolvere il problema, ma anche l'impossibilità di prevedere il periodo di tempo entro cui poter contenere l'adozione delle misure precauzionali⁵⁵.

1.2.3 Il principio “chi inquina paga”

L'analisi delle basi su cui si fonda la materia della tutela ambientale, in ambito prima di tutto internazionale, non può prescindere da un breve cenno al principio “chi inquina paga”.

Questo viene inizialmente delineato dalla Raccomandazione OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico)⁵⁶ del 26 maggio 1972 n. 128, la quale lo connette alla “necessità di imputare all'inquinatore i costi della prevenzione e delle azioni contro l'inquinamento come definite dall'autorità pubblica, per mantenere l'ambiente in uno stato accettabile”⁵⁷. Ciò in quanto il principio nasce da una logica economica che mira al raggiungimento di un *second best*⁵⁸, ossia un livello di inquinamento tollerabile che consenta una migliore e più efficiente gestione delle risorse ecologiche, connaturatamente scarse.

Va considerato che l'utilizzo di tali risorse in attività potenzialmente inquinanti è inscindibilmente legato all'esercizio di attività di impresa. Il principio “chi inquina paga” sottende quindi “*all'internalizzazione dei costi produttivi all'interno dell'impresa*”⁵⁹ in modo tale che sia chi fruisce delle risorse scarse per l'alimentazione dei propri processi produttivi a sopportarne *ex ante* il dazio.

⁵⁵ Per un approfondimento sul principio di precauzione: G. Aversente, *Il principio di precauzione: il rapporto problematico tra diritto e incertezza scientifica*, in DPCE online, 2020, fasc. 3, pp. 3475-3481; S. Bocchini, *Rischio di danno ambientale e principio di precauzione in Diritto e processo amministrativo*, 2020, fasc. 2, pp. 465-502

A. G. Caragli, *La dinamica applicativa del principio di precauzione tra esigenze di tutela e di proporzionalità: il Consiglio di Stato si pronuncia in materia di vaccini* [Nota a sentenza: Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655], in GiustAmm.it, 2020, fasc. 5, pp. 9

R. Ferrara, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*, in Rivista giuridica di urbanistica, 2020, fasc. 1, pt. 1, pp. 14-39

⁵⁶ OECD (organization for economic cooperation and development)

⁵⁷ G. Vergallo, *op. cit.*, p. 33

⁵⁸ G. Vergallo, *op. cit.* p. 34. Il *second best* è in questo caso l'alternativa migliore subito dopo l'obiettivo più alto che sarebbe quello di azzerare l'inquinamento. Tuttavia, il raggiungimento di tale risultato è assolutamente utopistico in quanto, la deteriorabilità della materia impedisce di eliminare ogni forma di rifiuto. È ciò che scrivono F. Fonderico, M. Cafagno, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, Trattato di diritto dell'ambiente, Capitolo XI, p. 487

⁵⁹ U. Salanitro, *Il principio chi inquina paga, tra responsibility e liability*, in Giornale di diritto amministrativo, 1/2020, p. 33

Dal punto di vista storico, il principio fa breccia nel panorama comunitario negli anni '70, in occasione del primo programma di l'azione per l'ambiente⁶⁰. Viene qui preso in considerazione nella parte in cui si regolano le spese per la prevenzione e l'eliminazione dei fattori nocivi.

Sempre in ambito comunitario, si individua un ulteriore richiamo nella Raccomandazione del Consiglio del 3 marzo 1975 n. 436 la quale, però, mirava alla risoluzione di problemi di concorrenzialità nel mercato piuttosto che di rischi ambientali.

Si insinua, poi, nell'alveo istituzionale, con l'entrata in vigore dell'AUE, ma solo la direttiva 2004/35/CE connota il principio in questione del carattere della fundamentalità con riguardo al tema della responsabilità ambientale⁶².

Si andrà ora a tracciare sinteticamente il percorso normativo in tema ambientale che ha segnato la storia italiana.

1.3 L'evoluzione legislativa nazionale

Il quadro storico-legislativo sinora tracciato deve essere completato con l'illustrazione del cammino Italiano.

L'attenzione del Parlamento italiano alle tematiche ambientali è emersa in contemporanea con il crescente interesse affiorato in ambito internazionale e, poi, europeo.

Ciò detto, va evidenziato che, già nella prima metà del XX secolo, erano state promulgate norme legate al tema ambientale, votate però a finalità diverse da quelle che legate alla tutela di quello che non era per nulla considerato con un valore a sé stante⁶³, l'ambiente.

La vera svolta si è avuta solo nel 1986, quando la L. 8 luglio n. 349, *ex art 1 comma 1*, istituì il Ministero dell'Ambiente. A questo vennero assegnati i compiti di promozione, conservazione e recupero delle condizioni ambientali, nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio naturale nazionale e la difesa delle risorse naturali dell'inquinamento⁶⁴. Esso venne affiancato, per previsione della stessa legge, da un Comitato Scientifico presieduto dal ministro dell'ambiente e onerato della formulazione di pareri su richiesta del ministero, nelle materie a oggetto della legge.

⁶⁰ dal 1973 al 1976. Formulato a seguito dell'incontro dei capi di Stato a Parigi nel 1972 ove si ribadì che l'espansione economica non è un fine a sé stante ma deve consentire di attenuare le disparità delle condizioni di vita, traducendosi quindi in un miglioramento della qualità e del tenore di vita.

⁶² di cui si parlerà diffusamente al paragrafo 2.2.2

⁶³ A conferma di ciò può ricordarsi la L.1497/1939 che mira alla protezione delle bellezze naturali, intesa come tutela della loro portata estetica. A partire dagli anni '60 sono emerse delle leggi più segnatamente connesse con la tutela ambientale propriamente detta, come la L. 615/1966 detta legge antismog, o la L. 319/1976 sull'inquinamento idrico.

⁶⁴ L. 8 luglio 1986 n. 349, art 1 comma 2

In ossequio all'importanza che venne via via rivolta alla divulgazione delle informazioni ambientali, la legge previde che il Ministero assicurasse una diffusione "più ampia" possibile delle stesse⁶⁵.

Per quanto concerne la disposizione di maggior interesse per l'analisi in corso, questa è l'art. 18 che disciplina il danno ambientale asserendo che *"Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di legge o di provvedimenti adottati in base a legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato."* L'art. prosegue stabilendo che:

- L'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo.
- Le associazioni di cui al precedente articolo 13⁶⁶ e i cittadini, al fine di sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati, possono denunciare i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza;
- Le associazioni individuate in base all'articolo 13 della presente legge possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.

È importante sottolineare sin d'ora che, già nel 1986, la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale spettava solo allo Stato e agli enti territoriali competenti per la zona colpita dalla lesione. Tale previsione, ancora oggi persistente nelle disposizioni vigenti sebbene con portata differente, deriva dalla impossibilità di riconoscere in capo al singolo una posizione qualificata rispetto agli altri.

La formulazione dell'art. 18 allora si aprì ad essere interpretata, da gran parte di dottrina e giurisprudenza, come una norma a vocazione non solo restitutoria, ma anche sanzionatoria.

A suffragare tale idea era portato come riferimento il comma 6 dell'art. in questione. Esso sanciva che "il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento

⁶⁵ L. 8 luglio 1986 n. 349, art 14 comma 1

⁶⁶ Art. 13, L. 349/1986, inerente alle associazioni di protezione ambientale avente carattere nazionale, fissandone i requisiti per il riconoscimento cui consegue la legittimazione ad agire.

lesivo dei beni ambientali”⁶⁷. Tale disposizione lega la gradazione dell’elemento soggettivo della colpa non alla delimitazione del danno risarcibile, bensì alla sola quantificazione dello stesso⁶⁸.

Al di là della correttezza o meno della interpretazione suddetta, ciò che rileva è l’abrogazione espressamente prevista da parte del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.u.a.) con riferimento al menzionato art. 18, di cui sopravvive solo il comma 5⁶⁹.

Il T.u.a ribadisce la competenza del ministero dell’Ambiente⁷⁰ a “*esercitare i compiti spettanti allo Stato in materia di tutela, prevenzione e riparazione dei danni all’ambiente*”⁷¹.

Ex art. 3 ter, recepisce i principi previsti dalla legislazione comunitaria, ripresi dall’esperienza internazionale.

L’art. statuisce che l’azione rivolta alla tutela ambientale deve informarsi ai principi di precauzione, azione preventiva, correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all’ambiente e a quello “chi inquina paga”⁷². A questi, *ex art. 3 quater*, si aggiunge quello dello sviluppo sostenibile che rende prioritaria la tutela ambientale nel bilanciamento con altri interessi pubblici e privati.

Fondamentale per la presente analisi è la parte VI del codice, dedicata a “Danno ambientale e tutela risarcitoria”.

Come già ricordato⁷³, il T.u.a definisce il concetto di danno ambientale *ex art. 300*, il quale asserisce che: “*È danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima*”. Subito dopo, lo stesso articolo, elenca una serie luoghi appartenenti al patrimonio naturale, esposti a lesioni di tal genere.

L’elencazione menzionata è ripresa, come il testo dell’art. 300 ricorda, direttamente dalla direttiva 2004/35/CE.

Altrettanto importante è l’art. 311, diretto erede dell’art. 18, la cui rubrica recita: “azione risarcitoria in forma specifica”. Tale norma ribadisce la legittimazione ad agire ai fini risarcitori, del solo Ministero. A questo, però, non si affiancano più gli enti territoriali in quanto, il nuovo T.u.

⁶⁷ Per un approfondimento sulla natura sanzionatoria dell’art. 18, L. 8 luglio 1986 n. 349, si segnalano: G. Cocco, *Tutela dell'ambiente e danno ambientale. Riflessioni sull' art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349*, in Rivista giuridica dell' ambiente, 1986, fasc. 3, pp. 485-496; M. Comporti, *La responsabilità per danno ambientale. nota a ordinanza della Corte dei Conti, sezioni riunite, 21 ottobre 1986, n. 107*, in Il foro italiano, 1987, fasc. 6, pt. 3, pp. 266-276; L. Bigliazzi Geri, *A proposito di danno ambientale ex art. 18, l. 8/7/1986, n. 349 e di responsabilità civile*, intervento al Seminario su "Quale futuro della responsabilità civile?", Milano, 12-13 dicembre 1986, in Politica del diritto, 1987, fasc. 2, pp. 253-260

⁶⁸ Come invece avviene nella disciplina del c.c. ex art 1226

⁶⁹ Il quale si approfondirà in relazione alla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste nel par. 2.3.1

⁷⁰ Lì denominato: ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare

⁷¹ Art. 299 d.lgs. 152/2006

⁷² Art. 3 *ter* t.u.a.: ““La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio “chi inquina paga” che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale

⁷³ Capitolo I, paragrafo 1.1

sull'ambiente abroga il comma 3 dell'art. 18 l. 349/1986 che prevedeva la legittimazione attiva di questi ultimi, senza riproporla.

La restrizione del novero dei soggetti legittimati all'azione fu oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale in un giudizio in via incidentale. La questione di legittimità si risolse con la sola dichiarazione di infondatezza della stessa con la sentenza 235/2009. Lo stesso tema venne riproposto qualche anno dopo con l'ordinanza del Tribunale di Lanusei del 13 febbraio 2015 n. 107 e, finalmente, la Corte si pronunciò nel merito della questione. Il giudice delle leggi, in quell'occasione, chiarì definitivamente i dubbi riguardanti la legittimità della restrizione suddetta e, quindi, dell'art. 311 del T.u.a. con la pronuncia n. 126 del 2016⁷⁴ la quale chiude ermeticamente le porte a una possibile legittimazione attiva degli enti territoriali in materia di danno ambientale.

Il T.u.a. è oggi la normativa nazionale di riferimento, ma è stata oggetto negli anni di varie modifiche e integrazioni dettate dalla normativa europea⁷⁵. La più importante tra queste novità è costituita dal d.l. 31 maggio 2021 n. 77, convertito in L. 29 luglio 2021 n. 108, recante disposizioni relative al Programma Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) rivolto all'ottenimento dei fondi stanziati dall'UE in favore degli Stati membri colpiti dalla pandemia di SarsCOV-19.

È qui rilevante solo menzionare le missioni previste dal piano, da attuarsi entro il 2026. Esso si pone 6 obiettivi (missioni)⁷⁶, la seconda riguarda la "rivoluzione verde e transizione ecologica". Al conseguimento di tale traguardo il PNRR destina il 37% del totale delle risorse assegnate alla Repubblica Italiana (€ 191,5 mld)⁷⁷. L'ingente delle somme a disposizione per il completamento della transizione ecologica dimostra l'urgenza connessa alla sfida verde in atto per la realizzazione di un pianeta sostenibile.

Dato brevemente atto del percorso legislativo italiano, preme ora delineare il concetto di ambiente.

2. L'ambiente quale collettivo unitario

⁷⁴ Corte Costituzionale, 19 aprile 2016, n. 126

⁷⁵ Gli interventi legislativi correttivi/integrativi del d.lgs.152/2006 sono stati: D.lgs. 08 novembre 2006 n.284; D.lgs. 16 gennaio 2008 n.4; D.lgs. 30 maggio 2008 n.117; Legge 23 luglio 2009 n. 99; D.lgs. 29 giugno 2010 n. 128; D.lgs. 03 dicembre 2010 n. 205; D.lgs. 10 dicembre 2010 n. 219; DM 20 marzo 2013; D.lgs. 04 marzo 2014 n. 46; Legge 11 agosto 2014 n. 116; Legge 22 maggio 2015 n. 68; Legge 29 luglio 2015 n. 115; Legge 06 agosto 2015 n. 125; DM 19 maggio 2016 n. 123; Legge 28 luglio 2016 n. 154; DM 22 marzo 2017; D.lgs. 16 giugno 2017 n. 104; Legge 03 agosto 2017 n. 123, D. Lgs. 15 novembre 2017 n. 183; Legge 27 dicembre 2017 n. 205; D.l. n. 76 del 2020, convertito con modificazioni in l. n. 120/2020; D.lgs. 26 settembre 2020 n.116 attuativo della direttiva 2018/851/UE; D.l.31 maggio 2021 n. 77(PNRR); DM n. 116/2022; l. 175/2022

⁷⁶ le missioni del PNRR sono: 1) digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo; 2) rivoluzione verde e transizione ecologica; 3) infrastrutture per una mobilità sostenibile; 4) istruzione e ricerca; 5) coesione e inclusione; 6) salute.

⁷⁷ G. Crialesi, *PNRR 2021-2026: dopo la fase iniziale documentale 2021-2022 inizia la fase operativa 2023-2026*, in *Pratica Fiscale e Professionale*, n. 2 del 16 gennaio 2023

L'idea di "ambiente" è stata nel tempo studiata e circoscritta dalla Corte Costituzionale, che ha assegnato al concetto delle precise connotazioni. L'ambiente è da intendersi quale bene della vita appartenente a tutti i cittadini.

L'ecosistema consiste in un bene collettivo indivisibile, unitario⁷⁸, distinto da quelli divisibili e passibili di sfruttamento individuale⁷⁹, in quanto inevitabilmente soggetto a fruizione inscindibile da parte della collettività che ne è titolare. Sempre la Corte Costituzionale lo qualifica anche come bene immateriale espressione di un valore collettivo, specificamente oggetto di tutela⁸⁰.

In generale, la nozione di "ambiente" rimanda a un concetto non semplice da delineare.

Secondo la Cassazione, per ambiente "*si intende il complesso degli elementi nel loro equilibrio ecologico attinenti alla biosfera e ai singoli ecosistemi in cui si svolge la vita dell'uomo*"⁸¹.

Ambiente è ciò che accoglie l'uomo e ciò di cui l'uomo è parte, è ecosistemi, è natura, è ciò che rimanda in via metonimica al concetto di Pianeta.

Come già dichiarato a Stoccolma nel 1972⁸², l'Uomo è in grado, attraverso lo sfruttamento delle moderne tecnologie, di trasformare l'ambiente circostante. Tale sua capacità, però, non deve far dimenticare che egli è parte della natura che sta sempre più irrimediabilmente danneggiando, tramite un utilizzo sconsiderato ed eccessivamente invasivo di risorse ambientali che, si esauriscono troppo velocemente rispetto al periodo di tempo necessario alla loro riproduzione. Solo in Italia, ogni anno vengono sfruttate le risorse corrispondenti a 2,7 volte quelle prodotte dalla Terra⁸³.

La salvaguardia di un bene così connotato si rivela alquanto complessa. L'ambiente, infatti, prima di essere un interesse collettivo, l'ambiente è esempio emblematico di interessi diffusi, ossia adespoti⁸⁴. Per rimediare all'assenza di un titolare effettivo preposto alla cura dell'interesse stesso in ragione della propria posizione qualificata rispetto a quella degli altri soggetti sono stati necessari vari interventi legislativi che normassero la legittimazione ad agire per la tutela dell'*habitat* umano⁸⁵.

⁷⁸ *inter alia*: Corte Costituzionale nn. 225 e 232 del 2009

⁷⁹ S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, Giuffrè, 1962, citato nella nota n. 4 da M. Sciascia, *Riforma in itinere degli artt.9 e 41 della costituzione: l'habitat umano quale bene collettivo unita*, in *Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo* (Classe A), fascicolo 3, 2021, www.amministrativamente.com

⁸⁰ si veda nota precedente

⁸¹ Cassazione civile, Sezioni Unite., 25 gennaio 1989, n. 440 in M. Sciascia, *op. cit.*

⁸² Proclama dichiarazione di Stoccolma: "Man is both creature and moulder of his environment, which gives him physical sustenance and affords him the opportunity for intellectual, moral, social and spiritual growth. In the long and tortuous evolution of the human race on this planet a stage has been reached when, through the rapid acceleration of science and technology, man has acquired the power to transform his environment in countless ways and on an unprecedented scale"

⁸³ fonte: national footprint and biocapacity accounts 2022: <https://www.overshootday.org/how-many-earths-or-countries-do-we-need/>

⁸⁴ Enciclopedia Treccani: https://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_%28Diritto-online%29/#:~:text=Nel%20modello%20relativamente%20soggettivo%2C%20che,alla%20ricerca%20di%20un%20portatore.

⁸⁵ così definito da M. Sciascia, *op. cit.*

La competenza in materia di tutela ambientale è disciplina di rango costituzionale. Essa è stata devoluta in via esclusiva allo Stato dalla riforma costituzionale del titolo V, approvata nel 2001. Tuttavia, è da rilevare che, come più volte sancito dal giudice delle leggi, l'ambiente si sostanzia in una materia di tipo trasversale, che *“investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze”*⁸⁶. Esso funge, quindi, da contropartita di altri diritti sociali ed economici e, per questo, si insinua anche in ambiti appartenenti alla competenza legislativa Regionale⁸⁷.

A questo proposito, è da rilevare che tali competenze si intersecano anche in virtù della composizione articolata del concetto di ambiente. Come specifica la Corte Costituzionale nella sentenza 104 del 2008⁸⁸ *“ambiente”* rimanda a due diversi interessi: l'interesse alla sua protezione e conservazione, nonché l'interesse al suo sfruttamento.

Con riguardo al primo di tali interessi, la cui cura spetta esclusivamente allo Stato come da riforma del 2001, sempre la Corte Costituzionale, già nel 2003⁸⁹, precisa che la devoluzione alla competenza esclusiva statale della tutela ambientale mira alla definizione di standard di protezione comuni su tutto il territorio nazionale. Da ciò discende che le Regioni, nell'esercizio della loro potestà legislativa, possono ingerirsi in tale ambito solo implementando gli standard al rialzo.

L'inserimento della materia ambientale in Costituzione all'art. 117⁹⁰, con la riforma del 2001, non deve portare a ritenere che la tutela dell'ecosistema non fosse prima considerata un valore costituzionalmente tutelato. Essa, infatti, veniva ricondotta all'art. 9 della carta costituzionale, uno dei principi fondamentali inerente alla tutela del paesaggio. Nella giurisprudenza Costituzionale, inoltre, era la salvaguardia ambientale era assunta a fattore legittimante la limitazione della libertà prevista dall'art. 41 della Costituzione, considerato che *“l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a fini sociali, consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale e, quindi, anche dell'interesse all'ambiente salubre”*⁹¹. Ancora prima della riforma costituzionale del 2022, di cui meglio si dirà nel prosieguo, l'urgenza di preservare l'ambiente risultava essere tanto pregnante da giustificare una particolare regolamentazione della libertà citata.

Già negli anni '90, la Corte Costituzionale si era occupata del legame tra attività di impresa e inquinamento ambientale. Questa aveva stabilito che era necessario un bilanciamento operato

⁸⁶ Corte costituzionale, 10-26 luglio 2002, n. 407

⁸⁷ Corte costituzionale 398 del 2006

⁸⁸ Corte costituzionale 104 del 2008

⁸⁹ Corte costituzionale, 25 settembre- 1 ottobre 2003 e 104 del 2008, n. 303

⁹⁰ Art. 117, comma 2 lett s)

⁹¹ Corte Costituzionale n. 270 del 2010

all'insegna della proporzionalità tra l'imposizione alle imprese dei costi necessari affinché si dotassero delle migliori tecnologie, per ridurre al minimo l'impatto ambientale e, conseguentemente, il riflesso sulla salute, e la difesa della libertà di impresa.

Tutti i citati interventi della Corte Costituzionale dimostrano quanto la materia della tutela ambientale, anche prima di una sua espressa previsione in Costituzione, fosse considerata di primario interesse costituzionale. Ciò in quanto, come dice G. Terrano, l'ambiente è un diritto sociale, che non attiene solo al cittadino *uti singulus*, nel suo stretto legame con l'art. 32 inerente al diritto alla salute, ma anche alla collettività e al suo sfruttamento *uti socius*⁹². Questo perché l'idea di ambiente rimanda a concetto di *habitat* umano, ossia un *locus* in cui si svolge l'esistenza degli esseri viventi, e in cui si estrinseca la spiritualità dell'uomo⁹³.

Ciò posto, il rango costituzionale dell'interesse ambientale è stato di recente espressamente chiarito tramite una legge di riforma della Costituzione.

2.1 La riforma degli artt. 9 e 41 della costituzione italiana

La crescente rilevanza del tema ambientale, l'importanza di non lasciare adito a dubbi sulla primarietà dello stesso e la necessità di trovare la giusta declinazione in ottica intergenerazionale, in coerenza con gli obiettivi del PNRR, hanno portato all'approvazione della legge costituzionale 1/2022 con cui si sono modificati gli artt. 9 e 41 della costituzione. La legge consta di tre articoli:

1. Nel primo si aggiunge un ulteriore comma all'art. 9 della costituzione, con cui si affianca la tutela dell'ambiente a quella del paesaggio e del patrimonio storico artistico della nazione⁹⁴;
2. Nel secondo si modifica l'art. 41 tramite l'apposizione dei limiti di salute e ambiente alla libertà di iniziativa economica privata, unita alla previsione che conferisce alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata, non solo a fini sociali, ma anche ambientali⁹⁵.

La riforma costituzionale pone innanzitutto la necessità di distinguere tra ambiente e paesaggio. Quest'ultimo è da considerarsi come espressione della “*sintesi visibile del contesto naturale delle*

⁹² G. Terrano, *La dimensione sociale del diritto ambientale*, in *Diritto pubblico europeo*, rassegna online, fascicolo n. 1/2019

⁹³ M. Sciascia, *op. cit.*

Il comma 3, aggiunto dalla L. cost. 1/2022 all'art. 9, recita: “[la Repubblica] Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali”

⁹⁵ Per completezza, l'art. 3 reca una clausola per la salvaguardia degli animali

attività dell'uomo e della loro collocazione in un ambito culturale”⁹⁶. L’ambiente è, invece, come già ricordato, l’*habitat* umano in cui si esplica la personalità e la spiritualità umana.

La diversità tra le due entità, che ha comportato anche un differente approccio e un’attenzione cronologicamente posposta in riferimento all’ambiente, nasce dalla inevitabile discrasia nella percezione. Se il paesaggio, infatti, è apprezzabile principalmente attraverso la vista, l’ambiente è un concetto non solo astratto, ma anche insuscettibile di essere percepito sensorialmente dall’uomo.

2.1.1 L’ambiente come limitazione alla libertà di iniziativa economica privata

La legge di riforma costituzionale n. 1 del 2022 conferma l’urgenza di tutelare l’ambiente inserendolo all’interno della disciplina relativa alla libertà di iniziativa economica privata, regolata dall’art. 41 della Costituzione. Ivi, l’ambiente diviene limite alla libertà enunciata, nel tentativo di spezzare definitivamente il legame tossico tra lo sviluppo economico, connesso all’esercizio della libertà di impresa, e il nocimento all’integrità e salubrità dell’ambiente.

In anni recenti, prima con la sentenza 85 del 2013⁹⁷ e poi con la 58 del 2018⁹⁸, la Corte Costituzionale, pur giungendo a pronunce differenti con riguardo alle norme impugnate inerenti alla situazione dell’Ilva di Taranto e al suo costante e negativo impatto sull’ambiente e sulla salute, aveva sancito la necessità che, tra i diversi diritti costituzionali, nessuno assumesse una posizione “*tirannica*”.

Tale statuizione non rimase indenne da critiche, soprattutto con riferimento all’ostinazione del giudice delle leggi nello screditare la connotazione di “fondamentale” appartenente al diritto alla salute *ex art 32 della costituzione*⁹⁹¹⁰⁰.

Oggi, nell’analisi della riforma costituzionale in questione, L. Cassetti parla di possibile priorità dei limiti di salute e ambiente, rispetto agli altri enunciati nell’art. 41¹⁰¹. Essi sono, infatti, anteposti nel dettato costituzionale per evidenziarne la fondamentale portata, nonché la precedenza in sede di valutazione e bilanciamento dei diritti. Ciò, si badi, non significa che agli stessi valori possa essere attribuita una portata “*totalizzante*”. Il Consiglio di Stato, infatti, nel ribadire la primarietà della difesa ambientale, ne esclude qualunque indisturbato e aprioristico posizionamento al vertice della gerarchia valoriale. Il punto di equilibrio tra i diversi interessi deve essere inteso quale dinamico, poiché è da ricercarsi, di volta in volta, alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

⁹⁶ G. Terracciano, *La tutela dei beni ambientali; la gestione dei vincoli paesaggistici*, in *Gazzetta ambiente*, 4/5 1995, 239 in nota n. 39 di M. Sciascia, op. cit.

⁹⁷ Corte Costituzionale, n. 85 del 2013

⁹⁸ Corte Costituzionale, n. 58 del 2018

⁹⁹ Art. 32, comma 1, Costituzione.

¹⁰⁰ Sull’argomento, D. Morana, *L’effettività del diritto alla salute oltre le Corti: vecchie e nuove questioni*, in *Rivista di diritti comparati*, fascicolo n. 1/2022

¹⁰¹ Art. 41, comma 2, Costituzione: Sicurezza, libertà e dignità umana

Ciò posto, è indubbio che il nuovo art. 41 della Costituzione testimoni il rilievo assegnato al bisogno di integrazione della politica ambientale con quella economica, passo imprescindibile per un'azione sostenibile efficace¹⁰², che dimostra l'apprensione per la tutela dei bisogni delle future generazioni¹⁰³.

Si andrà ora a disquisire del tema centrale della trattazione, ossia l'*enforcement*, qui di seguito nella sua connotazione pubblicistica, assolutamente primaria in tema di salvaguardia dell'ambiente.

2.2 Gli strumenti di *public enforcement* per la tutela ambientale

Come già in parte anticipato, lo Stato è il protagonista assoluto della tutela del bene "ambiente" in quanto interesse diffuso e adespotato che impone una protezione diversa da quella prevista per gli interessi individuali.

La stessa difesa deve declinarsi in diverse forme, a seconda del principio informatore¹⁰⁴ della materia che si vuole concretizzare attraverso la misura da porre in essere.

L'art. 3 *ter* del d.lgs. 152/2006 richiama quello che era allora l'art. 174 del trattato delle unioni europee¹⁰⁵ e stabilisce che la salvaguardia del pianeta si debba perseguire mediante atti idonei e informati "*ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio chi inquina paga*".

Tutto ciò va letto in combinato disposto con l'art. immediatamente successivo, ossia il 3 *quater*, che codifica il concetto di sviluppo sostenibile. Dopo averlo definito in conformità con quanto aveva già asserito in proposito il rapporto Brundtland¹⁰⁶, sancisce la priorità della salvaguardia ambientale nel bilanciamento con altri interessi. Il codice stabilisce, infatti, che l'azione della Pubblica Amministrazione debba realizzare la più ampia soddisfazione possibile del principio dello sviluppo

¹⁰² Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022 n. 8167, il collegio asserisce che: "La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione 'totalizzante' come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza" e che:

"In virtù del principio di integrazione delle tutele – riconosciuto, sia a livello europeo (art. 11 TFUE), sia nazionale (art. 3-quater del d.lgs. n. 152 del 2006, sia pure con una formulazione ellittica che lo sottintende) – le esigenze di tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle altre pertinenti politiche pubbliche, in particolare al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile".

¹⁰³ sul tema della riforma costituzionale in ottica intergenerazionale, si veda: N.M. Tritto, *I limiti all'iniziativa economica privata e la salvaguardia delle future generazioni alla luce delle recenti modifiche alla costituzione*, in Rivista Corte dei Conti, 1/2022

¹⁰⁴ Ex art. 191 TFUE paragrafo 2: "La politica dell'Unione in materia ambientale mira a un elevato livello di tutela, tenendo conto della diversità delle situazioni nelle varie regioni dell'Unione. Essa è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga".

¹⁰⁵ Art. 174 TCE, oggi 191 TFUE

¹⁰⁶ Rapporto Brundtland, 1987

sostenibile, antepoendo la considerazione dell'interesse alla tutela del pianeta rispetto a quella di altri interessi pubblici e privati.

Già il codice dell'ambiente, quindi, assegnava al bene "ambiente" una rilevanza diversa rispetto a quella rivestita da altri beni della vita. Oggi, la fissazione di tale priorità si è acuita con la riforma costituzionale 1/2022 di cui si è parlato in precedenza¹⁰⁷.

Sin dagli albori della normativa sulla difesa ambientale, protagonisti della sua normazione e implementazione sono stati gli Stati. A questi è ancora affidato un ruolo preponderante nell'attività volta al raggiungimento degli obiettivi enunciati dalle diverse dichiarazioni scaturite a seguito di numerosi tavoli internazionali¹⁰⁸, poi inglobati in quelle normative europee che hanno predisposto l'ascesa dell'UE verso la *leadership* nel campo della salvaguardia ambientale.

Gli strumenti attraverso cui gli Stati hanno, nel corso del tempo, portato avanti la loro azione in materia ecologica, sono definiti come di *command and control*, qualificati dalla OCSE¹⁰⁹ quali mezzi di politica ambientale rivolti alla diretta regolamentazione, tramite la definizione di permessi e divieti, la fissazione di standard e che si pongono in rapporto di contrapposizione rispetto agli strumenti economici di internalizzazione dei costi¹¹⁰.

L'approccio tradizionale si fonda su una regolamentazione che sancisca obblighi, limiti, divieti inerenti alla utilizzazione delle risorse naturali, in modo che la disciplina rispecchi canoni di adeguatezza, razionalità e conformità rispetto al principio dello sviluppo sostenibile. Tale sistema si sostiene attraverso la contestuale previsione di controlli e sanzioni, sia amministrative che penali, irrogate ove si accerti una violazione dei comportamenti prescritti.

La fissazione degli standard, tappa fondamentale della regolamentazione di politica ambientale, rimanda al concetto di *second best*¹¹¹. Tali previsioni si rivolgono alla definizione di livelli di inquinamento accettabili. L'azzeramento dell'immissione nella biosfera della Terra di residui inquinanti sarebbe, infatti, irraggiungibile data l'impossibilità di impedire la dispersione della materia¹¹².

¹⁰⁷ Paragrafi 2.1 e 2.1.1

¹⁰⁸ In proposito, si vedano interamente i paragrafi 1, 1.1 e 1.2.

¹⁰⁹ Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), in inglese Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

¹¹⁰ "Command and control policy refers to environmental policy that relies on regulation (permission, prohibition, standard setting and enforcement) as opposed to financial incentives, that is, economic instruments of cost internalisation", cfr. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=383>

¹¹¹ G. Vergallo, op. cit.

¹¹² F. Fonderico- M. Cafagno, op. cit. Ivi si osserva come, stante l'impossibilità di annullare il consumo delle risorse naturali o di eliminare l'inquinamento (che può essere solo controllato), l'elemento tipico dell'apparato di regolazione tradizionale è la previsione di standard, i quali si accompagnano di norma a vincoli di natura generale, contenuti in atti di natura pianificatoria, oppure a vincoli mirati, prescritti in provvedimenti puntuali. "In armonia col principio di favore per la prevenzione, l'esercizio delle attività potenzialmente inquinanti è di regola subordinato a provvedimenti amministrativi di natura permissiva, che usualmente assumono la forma di un'autorizzazione, temporanea e rinnovabile. L'allestimento di efficaci dispositivi di controllo e monitoraggio è un'integrazione indispensabile del metodo basato su divieti, obblighi

La necessità di controllo dell'inquinamento si palesa non come la migliore soluzione in termini assoluti, ma come l'unica possibile stanti le regole fisiche che regolano inesorabilmente il funzionamento del mondo materiale e da cui, di conseguenza, non può prescindersi. Per questa ragione diventa fondamentale delineare con precisione standard che siano uniformi sul territorio nazionale, bisogno in virtù del quale meglio si comprende la decisione *ex art.* 117 della Costituzione di assegnare allo Stato la competenza esclusiva in materia, consentendo alle Regioni una modifica solo se foriera di maggiore tutela da parte, come ricorda la Corte costituzionale¹¹³.

Con riguardo a pronunce del giudice delle leggi, è da rammentare quanto detto in precedenza a proposito della correlazione tra tutela ambientale e utilizzo della “migliore tecnologia disponibile”. La corte aveva infatti fatto discendere l'obbligo di tale utilizzo per l'ambiente dall'art 41 della Costituzione laddove parlava di “*utilità sociale*”, anticipando la visione sancita dalla recente riforma testuale dello stesso articolo. Lo stesso principio legato allo sfruttamento delle tecnologie più avanzate, viene ripreso da P. dell'Anno, il quale lega l'operazione di fissazione degli standard in materia ambientale al menzionato concetto di “*migliore tecnologia disponibile*” rilevando la propedeuticità della delineazione suddetta ai fini di una “*efficace applicazione*” dello stesse¹¹⁴.

Tale necessità va, però, parametrata ai costi che un'impresa può sopportare per la sua soddisfazione, cosa che si incardina nell'ambito di applicazione del principio informatore di tutta l'attività amministrativa che è quello della proporzionalità. Indi per cui si deve svolgere un'attenta analisi costi/benefici, che stabilisca cosa sia adeguato e necessario per il raggiungimento della agognata tutela ambientale, senza imporre un eccessivo pregiudizio alla libertà di impresa.

e autorizzazioni. Anche la supervisione può assumere forme variabili e può cadere su oggetti diversi. L'apparato sanzionatorio, a chiusura dell'impianto, spazia tra misure ripristinatorie dell'integrità ambientale e misure di natura afflittiva, non di rado penale.

¹¹³ Corte costituzionale, 25 settembre- 1 ottobre 2003 e 104 del 2008, n. 303

¹¹⁴ P. Dell'anno, *Trattato di diritto dell'ambiente*, CEDAM, 2012. Premessa la non uniformità della funzione propria dei diversi standard codificati, l'autore distingue quest'ultimi fra standard di emissioni e di qualità ambientale. Segnatamente, gli standard di emissione, che sono “fissati per le sorgenti puntiformi come valori limite (espressi in concentrazioni massime consentite di sostanze inquinanti rilasciate nell'ambiente), comportano l'assunzione in capo al titolare dell'impianto di una obbligazione pubblicistica di risultato – standards prestazionali”; mentre gli standard di qualità ambientale vengono distinti dall'autore in due categorie: standard di esposizione, che, “detti anche di protezione primaria, vengono fissati in funzione della tutela di un target, secondo valori limite di sostanze inquinanti o di principi attivi che non devono essere superati nell'unità di tempo e di luogo considerata. Nel nostro ordinamento, essi mirano a realizzare su tutto il territorio nazionale condizioni ambientali e garanzie di salute uniformi”; e standard di concentrazione, nei quali “sono fissate le concentrazioni delle sostanze inquinanti da non superare, in relazione ad un obiettivo di qualità dell'ambiente da preservare o da conseguire, in riferimento ad uno specifico recettore (aria, acqua, suolo, ecc.), o ad un determinato impiego del mezzo ambientale considerato (acque destinate alla balneazione, al consumo umano, alla vita acquatica, fanghi da impiegare in agricoltura, ecc.)”. Mentre il conseguimento degli standard di qualità si può ottenere attraverso, ad esempio, una equilibrata distribuzione spaziale delle sorgenti inquinanti, l'astinenza tecnologica o una riduzione del contributo inquinante di ciascuna sorgente mediante la fissazione di limiti di emissione caso per caso, per specifiche tipologie di impianti, o in via generale, quale che sia la fonte inquinante; gli standard di emissione possono essere integrati dalla previsione anche dei limiti di tipo quantitativo (per unità di energia prodotta o di combustibile impiegato; per ammontare totale di sostanze inquinanti emesse nel mezzo ambientale recettore)

Ciò detto, seguirà ora una breve analisi degli strumenti messi in campo dallo Stato per la concretizzazione del primo principio enunciato *ex art. 3 quater*, in conformità con l'art 174 del trattato delle unioni europee¹¹⁵, che è quello dell'azione preventiva.

In ossequio a ciò l'esercizio di attività antropiche che siano, anche solo potenzialmente, inquinanti, è generalmente subordinato al rilascio di procedimenti amministrativi autorizzatori, tendenzialmente temporanei e rinnovabili. La predisposizione, a riguardo, di efficaci misure di controllo monitoraggio risulta imprescindibile per comare un metodo fondato su divieti, obblighi e autorizzazioni. L'allestimento di efficaci dispositivi di controllo e monitoraggio è un'integrazione indispensabile del metodo basato su divieti, obblighi e autorizzazioni. È indubbio che anche la supervisione può assumere diverse forme, che possono anche avere a oggetto elementi differenti. Ciò detto, con riguardo alle misure di cui consta l'apparato sanzionatorio, *“spazia tra misure ripristinatore dell'integrità ambientale e misure di natura afflittiva, non di rado penale”*¹¹⁶.

Il primo strumento utile allo Stato per l'implementazione della tutela ambientale è quello dell'autorizzazione. Essa, come detto, reca i caratteri della temporaneità e della rinnovabilità. È previsto, infatti, dalle norme del T.u.a., che le autorizzazioni siano conferite per un lasso di tempo determinato, prima dello scadere del quale, deve richiedersi il rinnovo ai cui fini l'amministrazione procederà nuovamente alla verifica delle condizioni legittimanti il provvedimento.

Nel d.lgs. 152 del 2006 si rinvengono numerose autorizzazioni da richiedere per il compimento di attività potenzialmente pregiudizievoli per l'integrità ambientale, ma il primo strumento a essere disciplinato è quello delle valutazioni.

La parte II titolo II si apre con la regolazione della valutazione ambientale strategica (V.A.S.), la quale, *ex art. 11 “costituisce per i piani e programmi a cui si applicano le disposizioni del presente decreto, parte integrante del procedimento di adozione e approvazione”*. I provvedimenti amministrativi di approvazione adottati senza la previa valutazione ambientale strategica, ove prescritta, sono annullabili per violazione di legge.

La necessità di detta valutazione è espressamente prevista dall'art. 6 dello stesso d.lgs. per i programmi potenzialmente impattanti in maniera significativa sull'ambiente e sul patrimonio culturale. La sottoposizione a V.A.S. dei piani e programmi indicati *ex art. 6* costituisce non già “un procedimento o sub-procedimento autonomo rispetto alla procedura di pianificazione”, ma è un atto

¹¹⁵ Oggi art. 191 TFUE

¹¹⁶ ISPRA (istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale), poteri autorizzatori e poteri di controllo della pubblica amministrazione, *Profili generali e di tutela dell'ambiente*, Luglio 2017: <https://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/manuali-e-linee-guida/poteri-autorizzatori-e-poteri-di-controllo-della-pubblica-amministrazione.-profili-general-e-di-tutela-dell2019ambiente>

endo-procedimentale obbligato che si concreta “*nell'espressione di un parere che riflette la verifica di sostenibilità ambientale della pianificazione medesima*”¹¹⁷.

Al centro della valutazione sta la predisposizione, da parte del soggetto proponente o dell'autorità procedente, del rapporto ambientale che “costituisce parte integrante del piano o del programma e ne accompagna l'intero processo di elaborazione e approvazione”¹¹⁸. Il rapporto deve contenere e valutare i possibili impatti che “*l'attuazione del piano o del programma proposto potrebbe avere sull'ambiente [...]*”¹¹⁹. La V.A.S. si configura, quindi, come *step* imprescindibile di un procedimento da cui deve scaturire la definizione di un piano o programma sostenibile e consente una previa valutazione di tutti i rischi, nonché del possibile impatto ecologico, alla luce delle conoscenze attuali.

Altra valutazione fondamentale per la concretizzazione del principio dell'azione preventiva è quella della V.I.A., valutazione di impatto ambientale. Essa viene per la prima volta prevista dalla direttiva 85/337/CEE e diventa perno della politica ambientale in qualità di elemento irrinunciabile per la prevenzione dei potenziali effetti negativi di un'attività progettata.

Con il recepimento della suddetta direttiva, la V.I.A. entra a far parte degli strumenti nazionali rivolti alla tutela dell'ambiente, attraverso l'inserimento della sua disciplina nella legge 349 del 1986. Nel corso del tempo, intervengono modifiche rivolte al miglioramento del suo utilizzo, anche tramite l'assoggettamento alla valutazione in questione di un numero sempre crescente di progetti¹²⁰.

¹¹⁷ T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, 09 maggio 2022, n. 1064. Dalla natura procedimentale della V.A.S. consegue che “il relativo provvedimento non è immediatamente ed autonomamente impugnabile, prima della definizione del procedimento pianificatorio” e che “la V.A.S. debba concludersi prima dell'approvazione del PGT e non prima dell'adozione”

¹¹⁸ Art. 13, comma 3, d.lgs. 152 del 2006

¹¹⁹ Art. 13, comma 4, d.lgs. 152 del 2006

¹²⁰ La Direttiva 97/11/CE (Direttiva del Consiglio concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, Modifiche e integrazioni alla Direttiva 85/337/CEE) veniva presentata come revisione critica dopo l'esperienza di applicazione delle procedure di VIA in Europa. La direttiva ha ampliato il numero dei tipi di progetti da sottoporre a Valutazione Impatto Ambientale e ha introdotto le fasi di “screening” e “scoping”.

Il quadro normativo in Italia, relativo alle procedure di Valutazione Impatto Ambientale, è stato ampliato a seguito dell'emanazione della cd. “Legge Obiettivo” (L.443/2001) e il relativo decreto di attuazione (D.lgs. n. 190/2002). Il D.lgs. individua una procedura di V.I.A. speciale, con una apposita Commissione dedicata. Con la delibera CIPE n. 57/2002 venivano date disposizioni sulla Strategia nazionale ambientale per lo sviluppo sostenibile 2000-2010 e si affermava come la V.I.A. dovesse essere integrata a monte con Piani e Programmi che avessero già i criteri di sostenibilità ambientale, tramite la Valutazione Ambientale Strategica.

Il primo resoconto dell'andamento dell'applicazione della V.I.A. in Europa è stato pubblicato nel 2003: la Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione, sull'efficacia e sul funzionamento della direttiva 85/337/CEE, modificata dalla direttiva 97/11/CE. La relazione riscontra problemi sul livello di soglie di ammissione alla V.I.A., sul controllo di qualità del procedimento di V.I.A., sul frazionamento dei progetti e la valutazione degli effetti cumulativi sull'ambiente. Risulta evidente la necessità di migliorare: la formazione del personale delle amministrazioni locali; la valutazione del rischio e i sistemi di monitoraggio; la sensibilizzazione sui nessi tra salute umana e ambiente; la sovrapposizione di procedure di autorizzazione ambientale; la facilitazione della partecipazione del pubblico.

<https://blog.unioneprofessionisti.com/valutazione-impatto-ambientale-via-storia-procedura/21144/#:~:text=La%20migliore%20politica%20ambientale%20consiste,Cronistoria%20VIA.&text=La%20Valutazione%20Impatto%20Ambientale%20C3%A8,del%20concetto%20di%20Sviluppo%20Sostenibile>

La relazione riscontra problemi sul livello di soglie di ammissione alla V.I.A., sul controllo di qualità del procedimento di V.I.A., sul frazionamento dei progetti e la valutazione degli effetti cumulativi sull'ambiente. Risulta evidente la necessità di migliorare: la formazione del personale delle amministrazioni locali; la valutazione del rischio e i sistemi di monitoraggio; la sensibilizzazione sui nessi tra salute umana e ambiente; la sovrapposizione di procedure di autorizzazione ambientale; la facilitazione della partecipazione del pubblico.

Il decreto legislativo del 2006 disciplina la V.I.A. nel titolo III della parte II. Essa, definita *ex art. 5*, secondo il quale consiste ne “*l’elaborazione e la presentazione dello studio d’impatto ambientale da parte del proponente, lo svolgimento delle consultazioni, la valutazione dello studio d’impatto ambientale, delle eventuali informazioni supplementari fornite dal proponente e degli esiti delle consultazioni, l’adozione del provvedimento di V.I.A. in merito agli impatti ambientali del progetto, l’integrazione del provvedimento di V.I.A. nel provvedimento di approvazione o autorizzazione del progetto*”. Premesso che il proponente può effettuare, in via preliminare rispetto all’avvio del procedimento di V.I.A., consultazioni con l’Autorità competente, da cui scaturisce uno studio di impatto ambientale da unire ai documenti che l’Autorità deve acquisire ai fini della valutazione, il procedimento di valutazione culmina nell’adozione di un provvedimento.

Quest’ultimo, detto provvedimento di V.I.A., contiene la manifestazione di volontà concernente la decisione assunta dall’Autorità competente e la relativa motivazione¹²¹. All’interno del provvedimento viene espressamente indicata la durata della valutazione ivi contenuta che, comunque, non può essere inferiore a 5 anni¹²². Tale dato chiarisce e conferma il carattere temporaneo dei provvedimenti assunti in materia ambientale, di cui si era già parlato a partire dall’analisi effettuata da F. Fonderico. Ancora, il procedimento di V.I.A. indica le “*misure di monitoraggio degli impatti ambientali significativi e negativi*”¹²³.

Da ultimo, è importante precisare che, nel caso di procedimento di V.I.A. di competenza statale, il soggetto proponente può richiedere che il provvedimento di valutazione di impatto ambientale sia rilasciato unitamente alle autorizzazioni ambientali ulteriori e necessarie per “*la realizzazione e l’esercizio del progetto*”¹²⁴. Da tale procedimento, scaturisce un “*provvedimento unico in materia ambientale*”¹²⁵ che snellisce lo sdoppiamento delle procedure previsto in tutti gli altri casi in cui la V.I.A. sia presupposto per l’avvio del procedimento autorizzatorio, autonomo e separato rispetto a quello di valutazione. La possibilità di ottenere un provvedimento unico è prevista *ex art. 27 bis* anche per i procedimenti di V.I.A. di competenza regionale¹²⁶.

¹²¹ Art. 25, comma 3, T.u.a.

¹²² Art. 25, comma 5, T.u.a.

¹²³ Art. 25, co 4, lettera c), T.u.a.

¹²⁴ Art. 27, comma 1, T.u.a.

¹²⁵ Rubrica art. 27 T.u.a.

¹²⁶ Art. 27 bis T.u.a.: 1. Nel caso di procedimenti di V.I.A. di competenza regionale il proponente presenta all’autorità competente un’istanza ai sensi dell’articolo 23, comma 1, allegando la documentazione e gli elaborati progettuali previsti dalle normative di settore per consentire la compiuta istruttoria tecnico-amministrativa finalizzata al rilascio di tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione e all’esercizio del medesimo progetto e indicati puntualmente in apposito elenco predisposto dal proponente stesso. L’avviso al pubblico di cui all’articolo 24, comma 2, reca altresì specifica indicazione di ogni autorizzazione, intesa, parere, concerto, nulla osta, o atti di assenso richiesti.

Ai fini del rispetto della normativa ambientale è, inoltre, previsto non solo il monitoraggio *ex art. 28*, attraverso cui l'autorità competente verifica l'ottemperanza alle condizioni stabilite per l'esercizio del progetto e inserite nel provvedimento di V.I.A., ma anche un sistema sanzionatorio *ex art. 29*. Questo prevede, al primo comma, l'annullabilità per violazione di legge dei provvedimenti autorizzatori adottati in mancanza di valutazione di impatto ambientale o della verifica di assoggettabilità alla stessa e, al secondo comma, codifica sanzioni ingravescenti infligibili dall'autorità competente in caso di:

- inottemperanza alle condizioni previste *ex art 28*;
- modifiche progettuali sostanziali che rendano il progetto realizzato difforme rispetto a quello sottoposto a valutazione.

Le sanzioni irrogabili consistono in:

- diffida, attraverso cui si assegna un termine per rimediare alle inosservanze;
- diffida con contestuale sospensione dell'attività per un determinato periodo, nel caso in cui si verifichi la sussistenza di impatti ambientali significativi e negativi;
- revoca del provvedimento di verifica di assoggettabilità a V.I.A. o di V.I.A., nel caso di mancata conformazione alle prescrizioni imposte tramite diffida o di reiterazione delle violazioni che comportino pericoli o danni all'ambiente¹²⁷.

Come emerge dalle considerazioni su esposte, il procedimento di V.I.A. è completamente in mano all'Autorità pubblica cui compete la valutazione. Quest'ultima, sebbene prettamente tecnico-scientifica rispetto alle possibili ripercussioni significative e negative del progetto sull'ecosistema, è comunque connotata da notevoli margini di discrezionalità. La stessa giurisprudenza, infatti, pur riconoscendo la tecnicità della valutazione compiuta dall'Autorità competente, individua ampi spazi legittimanti l'esercizio della discrezionalità propria dell'Amministrazione e che, per questo, non possono essere oggetto di valutazione nel merito da parte del giudice amministrativo.

Tuttavia, tale assunto vale solo finché l'esercizio della discrezionalità amministrativa non dia forma a esiti “*abnormi o manifestamente illogici*”¹²⁸. La valutazione richiesta all'Amministrazione nell'ambito del procedimento di V.I.A. non può, infatti, risolversi in un mero giudizio tecnico, dovendo altresì apprezzare tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, il che si spinge inevitabilmente al di là di un'analisi puramente tecnica dell'impatto ambientale e finisce per

¹²⁷ Art. 29, commi 1 e 2, d.lgs. 152 del 2006

¹²⁸ T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 11 ottobre 2022, n. 1579; sulla diversa valutazione richiesta al giudice nella valutazione di atti scaturenti da discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica: Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2001 in cui si dice che: “A differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. «discrezionalità amministrativa») – dove il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla ‘ragionevole’ ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme – le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. «discrezionalità tecnica») vanno vagliate al lume del diverso e più severo parametro della ‘attendibilità’ tecnico-scientifica”

sostanziarsi in un complesso studio comparativo *“teso a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio-economica, tenuto conto anche delle alternative possibili”*¹²⁹.

In virtù della necessità di operare un tale bilanciamento rispetto agli interessi implicati, l'Amministrazione ha a disposizione margini particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa¹³⁰.

Il T.u. sull'ambiente, dopo la disciplina delle valutazioni su descritte (V.A.S., V.I.A.), si occupa dell'autorizzazione integrata ambientale e di una lunga serie di altre autorizzazioni relative a specifiche attività potenzialmente pericolose e dannose per l'ambiente. Tali autorizzazioni sono:

- autorizzazione integrata ambientale ai sensi del Titolo III-bis della Parte II la quale *“incide sugli aspetti gestionali dell'impianto e sostituisce, con un unico titolo abilitativo, tutti i numerosi titoli che erano invece precedentemente necessari per far funzionare un impianto industriale inquinante, assicurando così efficacia, efficienza, speditezza ed economicità all'azione amministrativa nel giusto temperamento degli interessi pubblici e privati in gioco”*¹³¹
- autorizzazione relativa alla disciplina degli scarichi nel sottosuolo e nelle acque sotterranee di cui all'art. 104 del T.u.a.;
- autorizzazione inerente alla disciplina dell'immersione in mare di materiale derivante da attività di escavo e attività di posa in mare di cavi e condotte, regolata all'art. 109 T.u.a.;
- autorizzazione unica per i nuovi impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti ex art. 208;
- autorizzazione di impianti di ricerca e di sperimentazione inclusa nell'art. 211 del d.lgs.152/06
- autorizzazione alle emissioni in atmosfera per gli stabilimenti, prevista dall'art. 269 T.u.a.;

Ciò che interessa ai fini della presente trattazione riguarda i tratti comuni a tali autorizzazioni che, in fondo, non si distanziano molto dalle finalità della V.A.S. e V.I.A.

I provvedimenti autorizzatori, infatti, perpetrano un controllo preposto inerente all'esercizio delle attività cui si riferiscono. Tale verifica risulta imprescindibile per l'attuazione del principio dell'azione preventiva in quanto, nonostante le valutazioni su esposte siano fondamentali per la tutela ambientale, è con l'autorizzazione che si rimuove di fatto il limite legale all'esercizio dell'attività per cui l'istante ha agito.

Con la combinazione di valutazioni e autorizzazioni si tenta di prevenire ogni possibile pericolo di danno ecologico, non solo perché le attività a rischio sono soggette a tali procedimenti, ma anche perché costantemente monitorate dopo l'emanazione dei relativi provvedimenti.

¹²⁹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 settembre 2022, n. 7978

¹³⁰ T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 14 novembre 2022, n. 1750

¹³¹ Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 settembre 2022, n. 7978

Il monitoraggio consente di rilevare eventuali violazioni e irrogare le sanzioni comminate dal codice nel capo relativo all'attività incriminata.

A ciò si aggiunge il già ricordato carattere temporaneo dei provvedimenti permissivi in materia ambientale, il cui rinnovo deve essere espressamente richiesto prima della scadenza dell'autorizzazione precedente, ed esplicitamente concesso, non essendo previste forme di silenzio-assenso. Tale assenza si spiega con l'imprescindibilità di un'attenta rivalutazione dei requisiti legittimanti l'esercizio dell'attività soggetta ad autorizzazione, considerato che l'eventuale statuizione in ordine alla possibilità che in alcuni casi si formi silenzio-assenso, renderebbe vano ogni sforzo di controllo preventivo.

Ciò detto, particolari strumenti di *public enforcement* sono peculiarmente connessi all'estrinsecazione del principio di precauzione, ed è di tali strumenti che si andrà qui di seguito a parlare.

2.2.1 L'enforcement legato al principio di precauzione

Ai procedimenti sin qui trattati, rivolti, come detto, alla concreta attuazione del principio dell'azione preventiva, si aggiungono anche strumenti che realizzano il fondamentale principio di precauzione. Quest'ultimo, prima del codice del 2006, fungeva da "*limite interno alla discrezionalità amministrativa*"¹³² ma svolgeva anche un importantissimo ruolo nell'ambito dell'emanazione delle ordinanze contingibili e urgenti per emergenze sanitarie o di igiene pubblica ex art. 50 del T.u. degli enti locali (d.lgs. 267 del 2000), nonché di quelle per incolumità pubblica e sicurezza urbana disciplinate dall'art 54 dello stesso T.u.

Nel corso degli anni, la giurisprudenza aveva sussunto la tutela ambientale nell'ambito delle esigenze tutelate dall'art. 50 del d.lgs. 267/2000. Tuttavia, il parallelismo tra il principio di precauzione e le ordinanze sindacali contingibili e urgenti nasce da un rilevante errore ermeneutico.

Il concetto di emergenza connesso all'emanazione delle ordinanze in parola rimanda piuttosto all'esistenza di un pericolo "*concreto e attuale*" che mal si concilia con la logica anticipatoria che sottende al principio di precauzione¹³³. Ciò ha reso necessaria una rivisitazione degli strumenti amministrativi utili ai fini dell'anticipazione della soglia di tutela del bene "ambiente" in prospettiva precauzionale.

Il codice del 2006 disciplina agli artt. 301 e 304 provvedimenti attraverso cui si insignisce lo Stato del potere di agire, in ogni circostanza, a protezione dell'*habitat* umano, anche laddove non siano idonei gli strumenti tipici previsti dal d.lgs. 152 del 2006.

¹³² M. Renna, *Misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente*, in Jus, rivista di scienze giuridiche, 1, 2016

¹³³ M. Renna, *op. cit.*

L'art. 301 sancisce il potere del Ministero dell'ambiente¹³⁴ di adottare, in applicazione del principio di precauzione, misure di prevenzione, ai sensi dell'articolo 304, che risultino:

- proporzionali rispetto al livello di protezione cercato;
- non discriminatorie nella loro applicazione, nonché coerenti con misure analoghe già adottate;
- basate su un attento esame da cui scaturiscano vantaggi e oneri;
- aggiornabili alla luce dei più recenti risultati di ricerche scientifiche.

Le misure di prevenzione di cui trattasi intendono scongiurare un danno ecologico che, pur qualificandosi come potenziale, si configura quale impossibile da misurare nella sua portata data l'assenza di prove scientifiche idonee a fornire una conoscenza piena del fenomeno che si vuole arginare.

È importante dire che la stessa giurisprudenza europea legittima gli Stati membri ad adottare misure cosiddette “*restrittive*” in caso di “*probabilità di danno reale*” all'ambiente¹³⁵. Con l'inserimento dei provvedimenti *ex art. 301*, l'Italia abbraccia una concezione **forte** del principio di precauzione¹³⁶, legittimata, come detto, dalla CGUE.

I larghi confini assegnati al principio sono arginati da importanti contrappesi previsti nello stesso art. 301: la proporzionalità, la non discriminazione, il bilanciamento vantaggi/oneri; la necessità di aggiornamento parallelo ai nuovi traguardi scientifici.

Ciò posto, è da rilevare anche il carattere residuale dei poteri conferiti al Ministero *ex art. 301*, in quanto esercitabili solo nei casi in cui non siano idonei gli strumenti tipici forniti dalla legge.

Dalla disciplina suddetta, il principio di precauzione affiora non più solo quale limite interno all'esercizio della discrezionalità amministrativa, ma anche come presupposto per la messa in campo delle misure esplicate¹³⁷.

Un ultimo problema da affrontare riguarda la doverosità dell'azione *ex art. 301* da parte del Ministero dell'ambiente.

L'art. 309, comma 1, dispone la facoltà di Regioni, enti locali, persone fisiche o giuridiche, associazioni che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento rivolto all'adozione di misure precauzionali, di adire il Ministero presentando denunce ed osservazioni inerenti a danni ambientali o minaccia del loro avvento. La giurisprudenza ha in proposito stabilito, muovendo dal principio generale di doverosità dell'azione amministrativa e integrando tale precetto

¹³⁴ Il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare è oggi denominato: “Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica”

¹³⁵ CGUE, Grande Sezione, 1 ottobre 2019, ECLI:EU:C:2019:800, sulla causa C-616/17

¹³⁶ M. Renna, *op. cit.*, nel riportare dati relativi all'esperienza francese, dice che: al contrario della Francia che, in conformità a quanto previsto dal principio 15 della dichiarazione di Rio, impone la sussistenza di un rischio grave e irreparabile

¹³⁷ M. Renna, *op. cit.*

con le regole di ragionevolezza e buona fede, che l'obbligo di provvedere sussiste, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, in fattispecie ulteriori e particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento¹³⁸. È da ritenersi, infatti, che essendo lo Stato garante unico della tutela dell'ambiente, esso non possa prescindere dalla valutazione delle istanze presentate da chi dimostri la volontà di collaborare per un fine non egoistico, ma solidale¹³⁹ che non può essere frustrato. Parimenti, l'inerzia del Ministero può essere oggetto di ricorso amministrativo da parte dei soggetti denunciati, non solo tramite azione avverso il silenzio¹⁴⁰, ma, se lesi, anche con azione di responsabilità civile¹⁴¹. Questa è passibile di sussunzione sussunta nel 1218 c.c. se l'assenza di un provvedimento ministeriale tempestivo si sostanzia nell'inadempimento a uno specifico obbligo di prestazione, ovvero nel 2043 c.c. se interpretata quale illecito aquiliano. L'obbligatorietà dell'azione ministeriale, del resto, vuole scongiurare la perdita di efficacia di uno dei principi cardine della materia ambientale, il che rischia di vanificare ogni sforzo inerente al raggiungimento della sostenibilità e dell'ambiente salubre quale diritto di ogni uomo¹⁴².

L'art. 310 T.u.a., a riprova della doverosità dell'azione statale, sancisce la facoltà di ricorrere, assegnandola agli stessi soggetti legittimati alla presentazione di denunce e osservazioni ex art. 309, avverso il silenzio inadempimento del Ministero dell'ambiente, per l'annullamento di atti e provvedimenti assunti in violazione delle norme previste dalla parte VI del codice, nonché per il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di ritardo nell'attuazione delle misure di precauzione, prevenzione o contenimento del danno.

La perdita di efficienza del principio di precauzione, però, può anche derivare dalla mancata conformazione al provvedimento ministeriale da parte dei destinatari.

Per questa ragione le misure ex art. 301 sono immediatamente esecutive¹⁴³. Il carattere della esecutorietà è alle stesse conferito dall'art. 304 comma 4, in modo tale da scongiurare il rischio che le misure precauzionali a difesa della natura non siano attuate in tempo utile ad evitare il danno. La previsione del comma 4 dell'art. 304, declina in materia ambientale il potere già previsto dall'art. 21 *ter* della legge 7 agosto 1990 n. 241, ossia quello di autotutela esecutiva, attraverso cui le Pubbliche Amministrazioni possono “*imporre coattivamente l'adempimento di obblighi nei loro confronti*”. La stessa disposizione articola il procedimento in più fasi cosicché, prima di procedere direttamente, la Pubblica Amministrazione possa adottare un provvedimento che indichi al soggetto destinatario il

¹³⁸ Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 544

¹³⁹ Principio della solidarietà ex art. 2 Costituzione, *inter alia*, Corte Costituzionale n. 118/2020

¹⁴⁰ Art. 34 c.p.a.: inteso come silenzio inadempimento

¹⁴¹ Art. 31 c.p.a. oggi consente l'esercizio di azione risarcitoria anche in via autonoma.

¹⁴² Corte costituzionale, *inter alia*, 210 e 649 del 1987 in cui si enuclea il diritto all'ambiente come diritto fondamentale degli individui e la sua salubrità, viene intesa come l'insieme dei diritti soggettivi alla salute di cui ogni soggetto è titolare.

¹⁴³ ciò non inficia ovviamente il diritto per il soggetto di ricorrere al giudice anche con la richiesta di misure cautelari

termine entro cui provvedere all'adempimento degli obblighi infranti. Nel caso di mancata ottemperanza, l'Amministrazione è legittimata a eseguire in via coattiva il provvedimento, previa diffida al soggetto obbligato¹⁴⁴. Ciò che soprattutto rileva, però, è la riserva di legge che l'articolo pone ai fini della determinazione dei casi e delle modalità in cui l'Amministrazione è legittimata all'esercizio del potere ivi previsto. In ossequio a ciò, l'art. 304 al comma 4, in qualità di norma di rango primario, si fregia della legittimazione ad assegnare il potere di autotutela esecutiva al Ministero dell'ambiente. Qualora la previsione mancasse, un'eventuale azione in tal senso dello Stato, nonostante necessaria per la tutela dell'*habitat* umano, violerebbe il principio di legalità¹⁴⁵.

A conferma della titolarità in capo allo Stato di questo particolare potere, anche la direttiva sulla responsabilità per danno ambientale¹⁴⁶ prevede, ex art. 5, ultimo comma, che “*L'autorità competente richiede che l'operatore adotti le misure di prevenzione. Se l'operatore non si conforma agli obblighi previsti [...], l'autorità competente ha facoltà di adottare essa stessa tali misure*”¹⁴⁷.

Da quanto riportato emergono i principali strumenti che lo Stato possiede per agire in conformità con i valori che informano la salvaguardia del Pianeta.

L'Europa è centro all'avanguardia a livello internazionale per la legiferazione e l'azione rivolta alla tutela ambientale e i mezzi su esposti, afferenti a una regolamentazione di *command and control*, sono sicuramente irrinunciabili per il perseguimento degli obiettivi prefissati. Non manca, tuttavia, chi critica la centralità di tale tipo di disciplina, ritenendo di dover lasciare maggiore spazio agli strumenti economici diretti¹⁴⁸, come la creazione di un mercato artificiale o la previsione di permessi negoziabili. Ciò che ora rileva è la capacità o meno dello Stato di garantire un'adeguata salvaguardia dell'ambiente arginando le azioni dannose dei privati, che derivano in via prioritaria dall'esercizio di attività di impresa, scongiurando la ripercussione sull'ambiente di attività impattanti potenzialmente dannose.

¹⁴⁴ Art. 21 *ter*, comma 1: Dispositivo dell'art. 21 *ter* della legge sul procedimento amministrativo, 7 agosto 1990 n. 241, Capo IV *bis*

1. Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge.

¹⁴⁵ M. Renna, *op. cit.*

¹⁴⁶ Direttiva 2004/35/CE

¹⁴⁷ Art. 5, comma 4: “L'autorità competente richiede che l'operatore adotti le misure di prevenzione. Se l'operatore non si conforma agli obblighi previsti al paragrafo 1 o al paragrafo 3, lettere b) o c), se non può essere individuato, o se non è tenuto a sostenere i costi a norma della presente direttiva, l'autorità competente ha facoltà di adottare essa stessa tali misure »

¹⁴⁸ In proposito si vedano: M. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in *Diritto dell'ambiente* (V edizione), 2021, p. 192-206; M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in *federalismi.it*, 25 del 20 dicembre 2006, <https://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?artid=6610&dpath=document&dfile=21122006031148.pdf&content=La%2Bdisciplina%2Bgiuridica%2Bdella%2Btutela%2Bambientale%2Bcome%2B%27diritto%2Bdell%27ambiente%27%2B%2D%2Bdiritto%2Bdell%27ambiente%2B%2D%2Bfacolt%C3%A0%2Bdi%2Bgiurisprudenza%2B%2D%2Buniversit%C3%A0%2Bdi%2Bluiss%2B%2D%2Bdispense%2B%2D%2B>

Finora si è parlato di Stato come insieme di Amministrazioni centrali e locali, la cui azione in materia ambientale è improntata alla sussidiarietà verticale, per cui, come sancisce l'art. 191 del T.u. sull'ambiente, lo Stato interviene azionando i propri poteri sostitutivi, solo nel caso in cui le Regioni non abbiano la capacità di adempiere ai propri compiti. Lo stesso vale per le Regioni medesime, nei confronti degli enti locali.

Ai fini della trattazione della responsabilità ambientale, lo Stato sarà inteso quale Amministrazione centrale, l'unica che la direttiva 2004/35/CE e, di conseguenza, il T.u.a., legittima all'azione per la riparazione del danno ambientale nei confronti dei soggetti responsabili.

Per giungere a conclusioni apprezzabili bisogna partire dalla disciplina della responsabilità ambientale e dalle sue caratteristiche.

2.2.2 La disciplina della responsabilità da danno ambientale

La direttiva comunitaria del 2004 delinea un sistema di responsabilità ambientale fondato sull'internalizzazione dei costi necessari per ripristinare lo *status quo ante* rispetto alla formazione del danno ecologico. L'azione dettata dalla disciplina Unionale si fonda sul principio "chi inquina paga" che, come già ricordato nel paragrafo a esso dedicato¹⁴⁹, impone la responsabilità finanziaria del soggetto responsabile della produzione del danno. Esso deve quindi sostenere i costi di prevenzione o riparazione ambientale, nel caso in cui la sua attività provochi rispettivamente minaccia imminente di danno ambientale, ovvero un danno vero e proprio¹⁵⁰. Ciò in ragione di una duplice necessità, quella di evitare che il peso economico di tale danno si aggiunga a quello ambientale-sanitario sopportato dalla collettività, quella di disincentivare comportamenti ecologicamente pericolosi incentivando, al contrario, l'utilizzo di strumenti e pratiche idonee e minimizzare il rischio ambientale rispetto all'attività esercitata¹⁵¹. Chi esercita attività potenzialmente pericolose per l'ecosistema deve spendere quanto serve per l'adozione delle misure di prevenzione necessarie per conformarsi alle disposizioni di legge, compresi eventuali permessi o autorizzazioni¹⁵².

Costituiscono eccezione all'internalizzazione dei costi di prevenzione i casi in cui: l'evento dannoso derivi da attività specificamente autorizzate, la cui potenziale pericolosità non era conosciuta al momento del verificarsi del danno, sempre che manchi l'elemento soggettivo del dolo o della colpa; il danno sia prodotto da eventi del tutto indipendenti dalla volontà del soggetto che aveva adottato le misure di prevenzione previste dalla direttiva stessa¹⁵³. Con riferimento alle attività autorizzate,

¹⁴⁹ Paragrafo 1.2.3

¹⁵⁰ Considerando 18 direttiva 2004/35/CE

¹⁵¹ Considerando 2 direttiva 2004/35/CE

¹⁵² Considerando 21 direttiva 2004/35/CE

¹⁵³ Considerando 20 direttiva 2004/35/CE

l'OCSE ha precisato che, ai fini della individuazione del danno, rileva solamente la lesione qualificata in termini di significatività.

La finalità della direttiva in questione è, come per tutte le direttive sovranazionali, quella di armonizzare la regolamentazione della materia negli Stati membri. Essa prevede, in ossequio all'art. 5 TUE, che l'azione comunitaria, oggi unionale, si fonda su sussidiarietà e proporzionalità. A dimostrazione di ciò, asserisce che l'intervento comunitario sarà proporzionato rispetto alla necessità di attuare le norme emanate e azionato solo laddove si riscontri l'inerzia degli Stati nell'implementazione delle stesse¹⁵⁴.

Il regime di responsabilità delineato dalla direttiva in questione non è unico. È previsto che il responsabile risponda a titolo di responsabilità oggettiva¹⁵⁵, qualora risulti esercente attività professionali espressamente individuate dall'allegato III della direttiva, quali attività pericolose per salute umana o l'ambiente. In tal caso, l'attribuzione della responsabilità prescinde dalla verifica dell'elemento soggettivo di colpa o dolo. La responsabilità per colpa, tuttavia, si insinua ove è previsto¹⁵⁶ che ne rispondano gli autori di un danno ambientale prodotto in seno ad attività non direttamente individuata dalla normativa comunitaria come sorgente di rischi reali o potenziali per l'ecosistema.

A proposito di responsabilità per colpa, già con riguardo all'art. 18 della legge 349 del 1986¹⁵⁷, parte della giurisprudenza aveva ricondotto la norma allo schema della responsabilità civile delineato dall'art 2043 del c.c., ponendo le due disposizioni in rapporto di specie a genere¹⁵⁸, con disappunto della dottrina maggioritaria che ne evidenziava le “*inconciliabili differenze*”¹⁵⁹. La direttiva del 2004 sancisce, al contrario, l'inadeguatezza dello schema di responsabilità civile nella materia del danno ambientale, da discernere nettamente rispetto ai danni lesivi di diritti soggettivi. La direttiva afferma difatti che le diverse forme di danno ambientale non sono passibili di essere rimate tramite gli schemi della responsabilità civile. Tale istituto si rivela efficace solo nel caso in cui:

- i soggetti inquinatori siano individuabili;
- il danno sia quantificabile e concreto;
- sia possibile accertare il nesso causale.

¹⁵⁴ Considerando 3 direttiva 2004/35/CE

¹⁵⁵ Considerando 8 direttiva 2004/35/CE

¹⁵⁶ Considerando 9 direttiva 2004/35/CE

¹⁵⁷ L. 8 luglio 1986 n. 349

¹⁵⁸ Corte di Cassazione civile, Sez. I, 1 settembre 1995, n. 9211; Corte costituzionale, 17-30 dicembre 1987, n. 641

¹⁵⁹ G. Vergallo, *op. cit.*

Qualora il danno abbia carattere “*diffuso e generale*”, viene meno la possibilità di imputare a soggetti specifici le azioni o le omissioni produttive del danno, risultando perciò inappropriata l’applicazione dello schema della responsabilità civile¹⁶⁰¹⁶¹.

La direttiva si rivolge al danno ambientale e alla responsabilità per lo stesso. Essa si applica al danno causato da una delle attività professionali previste dall’allegato III della direttiva stessa, come le operazioni di gestione dei rifiuti, il funzionamento di impianti soggetti ad autorizzazione¹⁶² a esclusione degli impianti o parti di impianti utilizzati per la ricerca, lo sviluppo e la sperimentazione di nuovi prodotti e processi, la fabbricazione e il trattamento di sostanze pericolose o di prodotti fitosanitari¹⁶³. Per tale danno, come detto, il responsabile risponde a titolo di responsabilità oggettiva. Il campo di applicazione, inoltre, si estende al danno causato da attività diverse da quelle espressamente previsti dalla normativa comunitaria, per il quale si risponde a titolo di responsabilità per colpa¹⁶⁴.

Per danno, ai fini della direttiva in questione, si intende “*un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente*”¹⁶⁵. Autori del danno possono essere i cosiddetti operatori, ossia “*qualsiasi persona fisica o giuridica, sia essa pubblica o privata, che esercita o controlla un’attività professionale[...]*”¹⁶⁶. Tali operatori sono responsabili dell’impatto eventualmente negativo della loro attività sull’ecosistema, motivo per il quale sono tenuti all’adozione *in primis* di misure preventive atte alla neutralizzazione di una minaccia imminente all’ambiente, o almeno alla

¹⁶⁰ Considerando 13 direttiva 2004/35/CE

¹⁶¹ Bisogna rilevare, inoltre, che il considerando 14 esclude dal campo di applicazione della direttiva stessa la lesione di diritti soggettivi, quale quello della proprietà

¹⁶² Conformemente alla direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e riduzione integrale dell’inquinamento

¹⁶³ Fabbricazione, uso, stoccaggio, trattamento, interrimento, rilascio nell’ambiente e trasporto sul sito di: a) sostanze pericolose definite nell’articolo 2, paragrafo 2 della direttiva 67/548/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1967, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alla classificazione, all’imballaggio e all’etichettatura delle sostanze pericolose(8); b) preparati pericolosi definiti nell’articolo 2, paragrafo 2 della direttiva 1999/45/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 1999, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla classificazione, all’imballaggio e all’etichettatura dei preparati pericolosi(9); c) prodotti fitosanitari definiti nell’articolo 2, paragrafo 1 della direttiva 91/414/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1991, relativa all’immissione in commercio dei prodotti fitosanitari(10); d) biocidi definiti nell’articolo 2, paragrafo 1, lettera a) della direttiva 98/8/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, relativa all’immissione sul mercato dei biocidi in quantitativi superiori(11).

Rileva anche il trasporto per strada, ferrovia, navigazione interna, mare o aria di merci pericolose o di merci inquinanti definite nell’allegato A della direttiva 94/55/CE del Consiglio, del 21 novembre 1994, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al trasporto di merci pericolose su strada

¹⁶⁴ Art. 3 direttiva 2004/35/CE

¹⁶⁵ Art. 2, comma 2, direttiva 2004/35/CE

¹⁶⁶ art. 2, comma 6, direttiva 2004/35/CE che continua dicendo che sono operatori anche coloro a cui, quando la legislazione nazionale lo prevede, è stato delegato un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell’autorizzazione a svolgere detta attività o la persona che registra o notifica l’attività medesima

minimizzazione del rischio di danno¹⁶⁷. Qualora il danno si sia realizzato, gli operatori hanno comunque il dovere di adottare misure idonee alla riparazione o sostituzione delle risorse o servizi naturali lesi¹⁶⁸.

In materia ambientale, la normativa sulla responsabilità, contrariamente a quanto detto a proposito della vocazione punitiva dell'art. 18 l.349/1986, più che avere finalità sanzionatorie dei soggetti cui si imputa la produzione del danno, mira alla riparazione di quanto compromesso. Nell'allegato II, infatti, la direttiva asserisce il significato della riparazione, intesa quale ripristino delle condizioni originarie. Le misure atte a tale scopo sono distinte tra:

- misure di riparazione primaria, che coincidono con qualsiasi misura di riparazione che riporta le risorse e/o i servizi naturali danneggiati alle, o almeno verso, le condizioni originarie;
- misure di riparazione complementare, ossia qualsiasi misura di riparazione intrapresa in relazione a risorse e/o servizi naturali per compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei servizi naturali danneggiati;
- misure di riparazione compensativa, che consistono in qualsiasi azione intrapresa per compensare la perdita temporanea di risorse e/o servizi naturali dalla data del verificarsi del danno fino a quando la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo¹⁶⁹.

La riparazione primaria va intrapresa in via prioritaria. Qualora, tuttavia, non risulti possibile il ripristino dello *status quo ante*, si intraprenderà la strada della riparazione complementare e di quella compensativa, in modo da sopperire alle perdite temporanee intese quale *deficit* derivante dall'impossibilità delle risorse naturali o dei servizi naturali danneggiati di svolgere la loro funzione ecologica¹⁷⁰. Per la determinazione delle misure complementari e compensative, l'Autorità competente deve prima di tutto verificare se sia possibile utilizzare metodi di “*equivalenza risorsa-risorsa o servizio-servizio*”¹⁷¹. La stessa Autorità può, inoltre, decidere quale danno sia da ripararsi in via prioritaria, ove si siano verificati plurimi danneggiamenti cui non si possa sopperire contemporaneamente¹⁷² e deve valutare l'adozione di specifiche misure per la riparazione del danno nell'ottica costi/benefici. È sempre fondamentale, infatti, che il costo sopportato sia proporzionato rispetto al vantaggio ecologico auspicato¹⁷³.

¹⁶⁷ Art. 2, paragrafo 10: "misure di prevenzione": le misure prese per reagire a un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente di danno ambientale, al fine di impedire o minimizzare tale danno;

¹⁶⁸ 2, paragrafo 11: misure di riparazione": qualsiasi azione o combinazione di azioni, tra cui misure di attenuazione o provvisorie dirette a riparare, risanare o sostituire risorse naturali e/o servizi naturali danneggiati, oppure a fornire un'alternativa equivalente a tali risorse o servizi, come previsto nell'allegato II

¹⁶⁹ Art. 1, paragrafo 1.1, lettere a), b) e c), allegato II della direttiva 2004/35/CE

¹⁷⁰ Art. 1, paragrafo 1.1 lettera d), allegato II della direttiva 2004/35/CE

¹⁷¹ Art. 1, paragrafo 1.1.2 allegato II della direttiva 2004/35/CE

¹⁷² Art. 7, paragrafo 3, direttiva 2004/35/CE

¹⁷³ Allegato II direttiva 2004/35/CE

Ai fini della presente analisi, si enucleerà dalla normativa europea contenuta nella direttiva in parola, la parte inerente ai poteri dello Stato in tema di legittimazione ad agire per la riparazione del danno ambientale, contro gli operatori responsabili.

La direttiva prevede che gli Stati membri designino un'Autorità competente per l'adempimento dei compiti assegnati dalla stessa. Tali compiti attengono all'individuazione del soggetto cui imputare la produzione del danno o la sua minaccia di avvento imminente, alla valutazione in ordine alla gravità del danno e alla delineazione delle misure di riparazione in coerenza con l'allegato II¹⁷⁴. Alla stessa Autorità compete l'avvio del procedimento contro l'operatore o il terzo responsabile del danno o della minaccia per il recupero dei costi relativi all'adozione di misure preventive o riparatorie¹⁷⁵. Nonostante tale azione appartenga senza dubbio alle misure di *enforcement* pubblico per la tutela ambientale, non si esclude la facoltà di organizzazioni non governative che promuovono l'interesse ambientale, nonché di privati, intesi quali persone fisiche o giuridiche, che *“sono o potrebbero essere colpite dal danno ambientale, o, che vantino un interesse sufficiente nel processo decisionale in materia di ambiente concernente il danno o, in alternativa, che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno Stato membro esiga tale presupposto”*¹⁷⁶, di presentare “osservazioni” inerenti a qualsiasi danno o minaccia di danno di cui siano a conoscenza, chiedendo all'Autorità di agire di conseguenza. L'Autorità competente è tenuta a valutare le richieste di azione pervenutegli, motivando sia il rigetto che l'accoglimento delle stesse, sempre nel rispetto del principio del contraddittorio con il soggetto indicato quale responsabile. Quest'ultimo ha sempre diritto di far conoscere la propria posizione in merito¹⁷⁷. È previsto, inoltre, che l'Autorità competente possa scegliere di non recuperare la totalità dei costi, *“qualora la spesa necessaria per farlo sia maggiore all'importo recuperabile, o qualora l'operatore non possa essere individuato”*¹⁷⁸.

In ottemperanza all'obbligo di recepimento delle direttive comunitarie nel termine da esse fissato, in questo caso tre anni¹⁷⁹, il Parlamento italiano ha approvato la legge delega del 15 dicembre 2004 n. 308 che assegnava al Governo diciotto mesi di tempo dalla sua entrata in vigore, per l'emanazione di una serie di decreti legislativi nelle materie indicate *ex art. 1*, concernenti la tutela di luoghi appartenenti al capitale naturale¹⁸⁰.

¹⁷⁴ Art. 11 direttiva 2004/35/CE

¹⁷⁵ Art. 10 direttiva 2004/35/CE

¹⁷⁶ Art. 12, comma 1, direttiva 2004/35/CE

¹⁷⁷ Art. 12, commi 2, 3 e 4, direttiva 2004/35/CE

¹⁷⁸ Art. 8, comma 2, direttiva 2004/35/CE

¹⁷⁹ La direttiva del parlamento del consiglio del 21 aprile 2004, è entrata in vigore il 30 aprile 2004 con un termine di recepimento fissato al 30 aprile 2007

¹⁸⁰ Le materie previste dall'art. 1 della L. 15 dicembre 2004, n.308, delega al governo per il riordino il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione, sono: gestione dei rifiuti e bonifica dei siti contaminati; tutela delle acque dall'inquinamento e gestione delle risorse idriche; difesa del suolo e lotta alla

Nell'attuazione della delega legislativa del 2004, il Governo provvede alla redazione di un testo unico¹⁸¹ contenuto nel d.lgs. 152/2006, anche detto T.u.a.: testo unico sull'ambiente. Esso venne approvato il 3 aprile 2006, per poi entrare in vigore il 29 aprile¹⁸².

Con riguardo alle norme sul *public enforcement*, bisogna guardare alle disposizioni contenute nel Titolo III¹⁸³ relativo alla parte VI¹⁸⁴ del codice. L'art. 311, infatti, rubricato “*azione risarcitoria in forma specifica*”, sancisce la legittimazione ad agire per il risarcimento da parte dell'operatore responsabile del danno ambientale, del solo Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare¹⁸⁵. A differenza di quanto previsto dalla legge 349 del 1986¹⁸⁶, Regioni ed enti locali non sono più legittimati alla promozione dell'azione di risarcimento del danno ambientale. L'art 311 recita: “*Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto*”. La prima e prioritaria forma di risarcimento che il Ministero deve premurarsi di richiedere al responsabile, sia in sede civile che attraverso la costituzione di parte civile in sede penale, è quella volta al ripristino dello *status quo ante* in cui versava la risorsa o il servizio naturale prima della produzione del danno. Per questo si parla di risarcimento **in forma specifica**. Il comma 2 dell'art. 311 prosegue sancendo l'obbligo per gli operatori esercenti le attività di cui all'allegato 5 della parte VI¹⁸⁷ qui in discussione, di adottare, in caso di danno ambientale, le misure di riparazione previste *ex* allegato 3¹⁸⁸ alla stessa parte VI che intende indicare “*le misure più appropriate cui attenersi per garantire la riparazione del danno ambientale*”. Anch'esso, come l'allegato II alla direttiva 2004/35/CE, distingue tra riparazione primaria, complementare e compensativa:

- la riparazione primaria ha la finalità di riportare le risorse naturali e/o i servizi danneggiati, alle o, comunque, verso le condizioni originarie¹⁸⁹;
- la riparazione complementare interviene quando la primaria non possa raggiungere il suo scopo, ottenendo, anche su un sito alternativo, un livello di risorse o servizi naturali analogo

desertificazione; tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente; procedure per la valutazione di impatto ambientale (VIA), per la valutazione ambientale strategica (VAS) e per l'autorizzazione ambientale integrata IPPC; tutela dell'aria e riduzione delle emissioni in atmosfera.

¹⁸¹ Ipotesi che la stessa legge delega contemplava all'art 1

¹⁸² A eccezione delle parte seconda le cui disposizioni entrarono in vigore il 12 agosto del 2006

¹⁸³ Intitolato “risarcimento del danno ambientale”

¹⁸⁴ Recante “norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente

¹⁸⁵ Oggi, come già ricordato, denominato “Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica”

¹⁸⁶ Previsione contenuta *ex* art. 18

¹⁸⁷ Riproduce pedissequamente il dettato dell'allegato III alla direttiva 2004/35/CE per cui si rimanda al paragrafo precedente e alla nota 130.

¹⁸⁸ Si riproduce l'allegato II alla direttiva 2004/35/CE

¹⁸⁹ Allegato 3, paragrafo 1.1.1, alla parte VI del d.lgs. 152/2006

a quello che si sarebbe ottenuto se il sito danneggiato fosse tornato alle condizioni originarie¹⁹⁰;

- la riparazione compensativa si attiva per soppesare le “perdite temporanee” subite dal sito danneggiato in attesa del ripristino¹⁹¹.

Dalla disposizione si evince come la riparazione primaria sia l'unica in grado di ripristinare lo *status quo ante* dell'ambiente, per questo quella da preferire e attivare in via prioritaria.

L'art. 311 ripropone il doppio binario di responsabilità enunciato dalla direttiva comunitaria sulla responsabilità per danno ambientale. È stabilito che rispondano a titolo di responsabilità oggettiva tutti gli operatori che causino un danno nell'esercizio delle attività di cui all'allegato 5 della parte VI che, come già detto, riproduce il dettato dell'allegato III della direttiva. Qualora il danno sia prodotto, invece, da un'attività diversa da quelle lì elencate, l'autore risulterà responsabile solo ove si riscontri la presenza dell'elemento soggettivo di dolo o colpa. *Ex art. 311*, inoltre, indipendentemente dal tipo di responsabilità in virtù della quale si imputa il danno all'operatore, egli è tenuto all'adozione delle misure di riparazione indicate dall'allegato 3.

Ciò posto, è quindi il Ministero che lo Stato Italiano designa quale Autorità competente per lo svolgimento dell'istruttoria necessaria ad accertare le responsabilità risarcitorie per la produzione del danno, ed è lo stesso Ministero ad individuare le misure di riparazione necessarie nel caso concreto per il ripristino ambientale.

L'art. 311 menziona, oltre al risarcimento in forma specifica, anche quello per equivalente. Quest'ultimo è da ritenersi quale *extrema ratio*. Con riguardo alla originaria formulazione dell'art. 311, la Commissione Europea aveva avviato nei confronti dell'Italia una procedura di infrazione, la procedura del 2007 n. 4679, che ha reso necessarie varie modifiche del T.u.a. affinché si adeguasse alla disciplina comunitaria e, in particolare, alla direttiva 2004/35/CE con riguardo alla lettera dell'art. 311. Il d.l. 26 settembre del 2009 n. 135, recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione delle sentenze della CGUE, *ex art. 5 bis*¹⁹² modifica i commi 2 e 3

¹⁹⁰ Allegato 3, paragrafo 1.1.2, alla parte VI del d.lgs. 152/2006

¹⁹¹ Allegato 3, paragrafo 1.1.3, alla parte VI del d.lgs. 152/2006

¹⁹² Tale articolo recita, ai punti 1 e 2: “all'articolo 311, al comma 2, le parole da: “al ripristino” fino alla fine del comma sono sostituite dalle seguenti: “all'effettivo ripristino a sue spese della precedente situazione e, in mancanza, all'adozione di misure di riparazione complementare e compensativa di cui alla direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, secondo le modalità prescritte dall'Allegato II alla medesima direttiva, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Quando l'effettivo ripristino o l'adozione di misure di riparazione complementare o compensativa risultino in tutto o in parte omessi, impossibili o eccessivamente onerosi ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile o comunque attuati in modo incompleto o difforme rispetto a quelli prescritti, il danneggiante è obbligato in via sostitutiva al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato, determinato conformemente al comma 3 del presente articolo, per finanziare gli interventi di cui all'articolo 317, comma 5”; b) all'articolo 311, comma 3, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: “Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'Allegato II alla direttiva 2004/35/CE, i criteri di

dell'art. 311 così da assicurare assoluta priorità alle misure di riparazione o di prevenzione rispetto al risarcimento per equivalente pecuniario. Queste accortezze si sono dimostrate imprescindibili in considerazione della peculiarità del danno ambientale e della necessità che l'*habitat* umano sia ripristinato al fine di non alterare il suo prezioso equilibrio e la ricchezza del suo patrimonio naturale. A seguito di ulteriori osservazioni sul punto da parte della Commissione Europea¹⁹³, è stata approvata la legge Europea 6 agosto 2013 n.97. Questa ha ulteriormente riordinato la materia e, per ciò che qui interessa, ha modificato l'art. 311 del d.lgs. 152/2006 assegnandogli i connotati odierni. La lettera attuale dell'art. 311, come ben sancito anche dalla Suprema Corte di Cassazione, sez. III, nella sentenza 8468/2019¹⁹⁴, *“per quanto riguarda i criteri di liquidazione del danno, anche per i giudizi in corso, per espressa previsione normativa, deve farsi riferimento ai criteri individuati dall'ultima norma entrata in vigore (vale a dire il nuovo art. 311), secondo cui il danno ambientale non può in nessun caso essere risarcito per equivalente pecuniario: sarà il giudice ordinario civile, investito della domanda di risarcimento per equivalente del danno ambientale, ad applicare, per provvedere sulla stessa, quei criteri e metodi e a individuare le misure di riparazione primaria, complementare e compensativa e, per il caso di omessa o imperfetta loro esecuzione, a determinare il costo delle medesime da rendere oggetto di condanna nei confronti dei soggetti obbligati”*.

Tornando alle competenze ministeriali, al Ministero dell'Ambiente spetta lo svolgimento dell'istruttoria volta sia all'accertamento dei fatti e all'individuazione dei trasgressori, attività che l'art. 312, comma 2, consente di delegare al Prefetto competente per il territorio interessato¹⁹⁵, sia alla quantificazione e al rinvenimento delle cause dell'evento dannoso, per cui può avvalersi di consulenze tecniche svolte dagli uffici ministeriali o da liberi professionisti, purché effettuate nel limite delle risorse finanziarie assegnate dalla legge vigente, nonché in coerenza con il principio del contraddittorio con l'operatore interessato¹⁹⁶. Nel prosieguo, l'art 312 elenca le attività di ispezione, accesso, verificazioni, da eseguirsi da parte di soggetti incaricati e autorizzati dal Ministero dell'ambiente¹⁹⁷. Quest'ultimo, dopo aver portato a compimento l'istruttoria in parola, individuati i

determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario. Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale. Il relativo debito si trasmette, secondo le leggi vigenti, agli eredi nei limiti del loro effettivo arricchimento. Il presente comma si applica anche nei giudizi di cui ai commi 1 e 2.”;

¹⁹³ senza che sia stata aperta una nuova procedura di infrazione, il d.lgs. 97/2013 fa riferimento sempre alla procedura di infrazione 2007/4679.

¹⁹⁴ Cassazione Civile, sez. III, 27 marzo 2019, n. 8468

¹⁹⁵ nonché, in virtù di apposizione convenzione, di avvalersi della collaborazione di: Avvocature distrettuali dello Stato, Corpo forestale dello Stato, Arma dei carabinieri, Polizia di Stato, Guardia di finanza e qualsiasi altro soggetto pubblico dotato di competenza adeguata.

¹⁹⁶ Art. 312, commi 2 e 3, d.lgs. 152/2006

¹⁹⁷ Al comma 5, l'art. 312 sancisce la necessità dell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria per procedere con perquisizioni personali

responsabili, ove questi non si siano già attivati per la messa in atto delle misure di ripristino idonee, emana un'ordinanza immediatamente esecutiva¹⁹⁸ con cui ingiunge “*il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica*”¹⁹⁹. Destinatario di tale ordinanza, non sarà solo il soggetto responsabile individuato tramite l'attività istruttoria, ma anche coloro i quali risultino aver avuto interesse alla produzione del danno, o ne abbiano comunque tratto vantaggio²⁰⁰.

L'ordinanza che viene inviata a tali soggetti, come asserito dall'art 314 del T.u.a., specifica il fatto contestato, omissivo o commissivo e indica gli elementi risultati rilevanti per l'individuazione e quantificazione del danno²⁰¹, nonché i mezzi di ricorso e i relativi termini²⁰².

Qualora il Ministero proceda con l'invio dell'ordinanza prevista ex art. 313 non potrà più procedere con il ricorso in via giurisdizionale per il risarcimento del danno ambientale prodotto, salva comunque la possibilità di entrare nel processo penale quale persona offesa dal reato²⁰³.

Oltre agli strumenti in mano pubblica per garantire un'adeguata tutela ambientale, è importante ricordare che il T.u.a., in ottemperanza alla disposizione dell'art. 113 della costituzione, sancisce il diritto dei soggetti destinatari dell'ordinanza ex art. 313 di proporre ricorso avverso la stessa dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale competente secondo i criteri previsti dall'art. 13 del c.p.a. La competenza in materia spetta, quindi, al giudice amministrativo, come ricordato dall'art. 316 del d.lgs.152/2006, il quale sancisce il termine perentorio²⁰⁴ di 60 giorni per la presentazione del ricorso²⁰⁵. Quest'ultimo può, ma non deve a differenza di quanto previsto prima della istituzione dei T.A.R.²⁰⁶, essere preceduto dal ricorso amministrativo in opposizione presentato al Ministero. Al comma 3, inoltre, è prevista la possibilità di esperire ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, entro il termine perentorio di 120 giorni.

Per concludere il discorso sulla disciplina relativa all'*enforcement* pubblico più importante, ossia la legittimazione del Ministero dell'ambiente a ricorrere avverso i responsabili per il risarcimento del danno ambiente provocato, è da menzionare il considerando n. 28 della Direttiva 2004/35/CE, recepito nell'art. 318 comma 4, che riguarda l'obbligo degli Stati membri di cooperare per la salvaguardia dell'ecosistema da danni potenziali, in via precauzionale, o reali, in via ripristinatoria, aventi, potenzialmente o effettivamente, carattere transfrontaliero. In questi casi è previsto che il

¹⁹⁸ Il potere di ordinanza previsto dall'art. 312 e dall'art. 304 con riferimento alle misure preventive rispetto alla produzione del danno, si pone come binario alternativo rispetto all'azione giudiziaria per il risarcimento del danno.

¹⁹⁹ Art. 313, comma 1, d.lgs. 152/2006

²⁰⁰ Art. 313, comma 3 d.lgs. 152/2006

²⁰¹ Art.314, comma 1, d.lgs. 152/2006

²⁰² Art. 314, comma 6, d.lgs. 152/2006. Tale indicazione deve essere contenuta non solo nelle ordinanze previste ex art 313, ma anche in quelle regolate dal 304.

²⁰³ Art. 315, comma 1, d.lgs. 152/2006

²⁰⁴ sui termini ordinatori e perentori, art 152 c.p.c.

²⁰⁵ Art.316, comma 1, d. lgs. 152/2006: termine che decorre dalla comunicazione dell'ordinanza

²⁰⁶ Avvenuta con L. 6 dicembre 1971, n. 1034, istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali

Ministero collabori “anche attraverso un appropriato scambio di informazioni” affinché sia assicurata la messa in atto delle misure preventive o ripristinatorie idonee alla risoluzione del problema contingente. Allo stesso modo, qualora il Ministero Italiano rinvenga un danno la cui causa derivi da un territorio oltre i confini nazionali, informa la Commissione Europea e qualunque altro Stato interessato.

L'esclusività della legittimazione Statale ad agire per il risarcimento del danno ambientale, prevista a seguito dell'entrata in vigore del T.u.a, come brevemente ricordato in precedenza²⁰⁷, è stata oggetto di un'importante pronuncia del giudice delle leggi, con la sentenza 126/2016. Nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale promosso dal Tribunale di Lanusei con ordinanza del 13 febbraio 2015 n. 107, la Corte ha l'opportunità di pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 311, comma 1, del T.u.a. ove conferisce al Ministero dell'ambiente, quindi allo Stato, la legittimazione all'esercizio dell'azione per il risarcimento del danno ambientale, escludendo la stessa legittimazione, sia concorrente che sostitutiva, in capo alle Regioni e agli enti locali il cui territorio è stato danneggiato. I parametri di costituzionalità contestati erano quelli degli artt. 2, 3, 9, 24 e 32 della Costituzione, nonché al principio di ragionevolezza. Il giudice *a quo*, dopo alcune precisazioni sul processo penale pendente, esplica le motivazioni in base alle quali la norma impugnata violerebbe i parametri costituzionali adottati. Esso ricorda quanto prima già menzionato sul doppio binario che il codice fornisce allo Stato per la salvaguardia dell'ambiente, permettendo al Ministero di “scegliere tra la via giudiziaria e quella amministrativa”²⁰⁸, ossia l'azione di prevenzione e ripristino ambientale ex art. 304²⁰⁹, 305²¹⁰ e 306²¹¹ e il potere di ordinanza previsto dagli artt. 312 e 313, accompagnati dalla legittimazione a ricorrere per il risarcimento del danno ambientale ex art. 311 che non prevede più la possibilità di agire, anche in via sostitutiva, per Regioni ed enti locali. L'art. 18²¹² della legge istitutiva del ministero dell'ambiente²¹³ prevedeva, invece, tale legittimazione per le Regioni e gli enti locali nel cui territorio si era verificato il danno. Secondo il giudice *a quo*, tale legittimazione non si fondava sulla lesione patrimoniale da loro subita per via del danno ecologico, ma sorgeva dal loro ruolo di salvaguardia della collettività e della comunità locale. Il tribunale rimettente contesta, inoltre, che la legittimazione ad agire sia da annoverare tra le funzioni amministrative il cui accentramento nelle mani del Ministero dell'ambiente era già stato oggetto di pronuncia favorevole da parte della Corte costituzionale con la sentenza 235/2009. La legittimazione ad agire in via

²⁰⁷ Paragrafo 1.3

²⁰⁸ Corte costituzionale, 126/2016, punto 8 “considerato in diritto”

²⁰⁹ Si veda paragrafo 2.2.1

²¹⁰ Rubrica art. 305 d. lgs. 152/2006: “ripristino ambientale”

²¹¹ Rubrica art. 306 d. lgs. 152/2006: “determinazione delle misure per il ripristino ambientale”

²¹² Prevedeva che l'azione di risarcimento del danno ambientale potesse essere promossa «dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo».

²¹³ L. 8 luglio 1986 n. 349

giudiziaria, infatti, a dire del Tribunale rimettente, non solo con costituisce una funzione amministrativa ma neanche “risponde alla logica del riparto, dal momento che il riconoscimento della legittimazione dello Stato non esclude quella delle Regioni, e viceversa”²¹⁴.

La corte costituzionale, tuttavia, non accoglie le ragioni addotte per la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 311, comma 1, in quanto rammenta le ragioni che sottendono al cambiamento intercorso tra l’art 18 della L. 349/1986 e l’art 311 de d.lgs. 152/2006. La corte ricorda che è intervenuta la disciplina Europea sulla responsabilità per danno ambientale, contenuta nella direttiva 2004/35/CE, attuata nell’ordinamento italiano attraverso la promulgazione del T.u.a.

La nuova disciplina, dice la Corte, assegna al profilo risarcitorio “una posizione accessoria”²¹⁵ rispetto a quello ripristinatorio. Tale cambiamento di prospettiva ha reso necessaria un’azione “unitaria e uniforme” per la prevenzione e la riparazione del danno ecologico, anche in considerazione della difficoltà di circoscrivere i danni ambientali entro confini territoriali ben definiti²¹⁶. All’esigenza di unitarietà dell’azione, asserisce la Corte, non può fare eccezione la disciplina inerente all’azione risarcitoria che è “completamento” delle funzioni amministrative assegnate dalla normativa ambientale²¹⁷.

La Corte dichiara, quindi, non fondata la questione di legittimità ricordando nella parte finale che il T.u.a. non esclude la possibilità di agire degli enti territoriali e delle persone fisiche, purchè sia per il risarcimento dovuto ai fini della riparazione di “specifici danni da essi subiti”²¹⁸. La Suprema Corte di Cassazione, infatti, afferma che la normativa ambientale “si affianca alla disciplina generale del danno posta dal Codice Civile”²¹⁹. Da qui discende in maniera imprescindibile e innegabile “la legittimazione degli enti territoriali a costituirsi parte civile *iure proprio*, nel processo per reati che abbiano cagionato pregiudizi all’ambiente, per il risarcimento non del danno all’ambiente come interesse pubblico, bensì (al pari di ogni persona singola o associata) dei danni direttamente subiti:

²¹⁴ Corte costituzionale, 126/2016, punto 6 “in fatto”

²¹⁵ Corte costituzionale, 126/2016, punto 7.1 “in diritto”

²¹⁶ Corte costituzionale, 126/2016, punto 8.1 “in diritto”

²¹⁷ Corte costituzionale, 126/2016, punto 9.1 “in diritto”

²¹⁸ Corte costituzionale, 126/2016, punto 10 “in diritto”

²¹⁹ Cassazione penale., Sez. III, 17 gennaio 2012, n. 19439: La normativa speciale dal "danno ambientale" si affianca (non sussistendo alcuna antinomia reale) alla disciplina generale del danno posta dal codice civile, sicché le associazioni ambientaliste - pure dopo l'abrogazione delle previsioni di legge che le autorizzavano a proporre, in caso di inerzia degli enti territoriali, le azioni risarcitorie per danno ambientale - sono legittimate alla costituzione di parte civile "iure proprio", nel processo per reati che abbiano cagionato pregiudizi all'ambiente, per il risarcimento non del danno all'ambiente come interesse pubblico, bensì (al pari di ogni persona singola od associata) dei danni direttamente subiti: danni diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto a quello, generico di natura pubblica, della lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale. Le associazioni ambientaliste, dunque, sono legittimate a costituirsi parte civile quando perseguano un interesse non caratterizzato da un mero collegamento con quello pubblico, bensì concretizzatosi in una realtà storica di cui il sodalizio ha fatto il proprio scopo: in tal caso l'interesse all'ambiente cessa di essere diffuso e diviene soggettivizzato e personificato.

danni diretti e specifici, ulteriori e diversi rispetto alla lesione dell'ambiente come bene pubblico e diritto fondamentale di rilievo costituzionale²²⁰.

L'accentramento in mano pubblica di ogni azione rivolta alla tutela dell'ecosistema non reca come diretta conseguenza la totale esclusione dei soggetti privati. Gli artt. 309 e 310 del T.u.a., come analizzato in precedenza²²¹, disciplinano le forme di intervento dei privati interessati in seno all'azione ministeriale a difesa dell'ecosistema da danni reali o potenziali.

A proposito di danno, con riferimento alla materia ambientale, come si vedrà, la nozione può essere scissa.

2.2.3 Danno ambientale intrinseco, estrinseco e derivato

È proprio dalla massima della Corte di Cassazione appena menzionata che si deve partire per comprendere quale sia il danno per il cui risarcimento la legittimazione spetta in via esclusiva allo Stato. Riprendendo la classificazione di danni ambientali operata da U. Salanitro, con danno ambientale ci si può riferire:

- al danno derivante dall'ambiente: in questo caso il danneggiamento dell'ecosistema ha prodotto conseguenze anche sui diritti soggettivi dei singoli, ripercuotendosi, per esempio, sul loro diritto alla salute o alla proprietà. Caso emblematico è quello relativo all'inquinamento prodotto dallo stabilimento dell'ILVA di Taranto, più volte oggetto di pronunce della Corte costituzionale²²²;
- al danno causato all'ambiente: in tal caso rileva la nozione di danno ambientale di cui si è già trattato²²³, quella riportata nell'art 300 del d lgs 152 del 2006 che discende direttamente dalla definizione delineata in ambito europeo dalla direttiva 2004/35/CE. A sua volta, il danno all'ambiente si suddivide in:
 - a) danno intrinseco, che riguarda il danneggiamento delle risorse o dei servizi naturali intesi in senso stretto;
 - b) danno estrinseco che attiene al nocimento arrecato alle "utilità economiche o non economiche" assicurate dalle risorse naturali. È bene precisare la differenza tra il danno estrinseco all'ambiente e il danno derivante dall'ambiente. Per comprenderlo può tenersi in considerazione il seguente esempio: qualora un soggetto si ammali di cancro a causa di immissioni inquinanti in atmosfera, la lesione corrisponde alla qualifica di danno derivato dall'ambiente; qualora lo stesso soggetto sia inviato in un

²²⁰ Corte costituzionale, 126/2016, punto 10 "in diritto"

²²¹ Paragrafo 2.2.1

²²² In particolare si vedano: Corte Costituzionale 85/2013 e 58/2018

²²³ Nozione presente all'interno dell'art. 300 T.u.a., di cui si è trattato al paragrafo 1.

luogo con clima particolarmente mite per agevolare la cura di una malattia respiratoria e il clima di tale luogo si modifichi per ragioni legate al cambiamento climatico causato dalle diverse attività antropiche negativamente impattanti sugli ecosistemi, il danno che ne deriva si configura come danno estrinseco all'ambiente.

Il ruolo dello Stato ai fini della salvaguardia dell'*habitat* naturale, comporta, come detto, la sua legittimazione ad agire per la riparazione del danno arrecato all'ambiente. Si è già ricordato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale con riguardo alla possibile funzione punitiva connaturata alla norma contenuta nell'art. 18 della L. 349 del 1986. Oggi, con l'art 300²²⁴, Salanitro ritiene giustamente che, rinvenendosi nella definizione di danno sia il riferimento alle risorse naturali che alle utilità ambientali, la funzione punitiva sia da escludere. I richiami fanno riferimento, infatti, al danno intrinseco e al danno estrinseco, indi per cui il riconoscimento di un danno ulteriore rispetto a quello strettamente necessario per il ripristino dello *status quo ante*, è da considerarsi come danno estrinseco che completa la finalità riparatoria dell'azione.

È discusso quale soggetto sia legittimato ad agire per richiedere il risarcimento di tale categoria di lesione. Sebbene, infatti, l'art. 300 qualifichi come danno ambientale quello che aggredisce sia le risorse in senso stretto che le utilità dalla risorsa derivanti, l'art. 311 delinea l'azione risarcitoria promossa dallo Stato in termini ripristinatori del sito naturale danneggiato. Questo sembrerebbe limitare la richiesta risarcitoria dello Stato al solo danno intrinseco. Tuttavia, a ben vedere, guardando congiuntamente alle norme in parola, esse suggeriscono una soluzione diversa. Dalla lettura del combinato disposto dell'art. 300, comma 1, e dell'art. 311, comma 1, emerge che il Ministero dell'Ambiente è legittimato ad agire per il risarcimento del danno ambientale, intendendosi questo come deterioramento di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima. Considerato che l'art. 300 parla di "utilità" senza specificare la portata economica o non economica della stessa, la nozione copre completamente il concetto di danno estrinseco che, in quanto parte della definizione di danno ambientale, è da ritenersi risarcibile allo Stato.

Alla luce di questa ricostruzione, per ora, il danno per il cui risarcimento possono agire i singoli è solo quello derivato, diritto che discende direttamente dalle norme generali in tema di danno ingiusto e responsabilità civile²²⁵ ed è ribadito nel T.u.a. ex art 313 comma 7²²⁶.

2.3 Il ruolo del private enforcement

²²⁴ Art. 300, comma 1, d.lgs. 152/2006: "E' danno ambientale qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima".

²²⁵ Art. 2043 c.c.

²²⁶ Art. 313, comma 7, secondo periodo: "Resta in ogni caso fermo il diritto dei soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale, nella loro salute o nei beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti e degli interessi lesi.

Bisogna ora capire quale sia lo spazio e il ruolo del *private enforcement* in materia di danno ecologico, ambito in cui, come visto, l'importanza di agire in maniera uniforme e unitaria al fine di rendere l'azione stessa efficace per la salvaguardia dell'ecosistema legittima l'accentramento delle funzioni connesse alla perpetrazione della tutela essenziale per la conservazione *dell'habitat* naturale in mano statale. A questo proposito, conviene subito evidenziare come, sebbene coerente con le finalità, l'accentramento di cui trattasi crea inefficienze non trascurabili legate alla carenza informativa di cui soffrono le Amministrazioni in via quasi ineludibile data la mole e la velocità di obsolescenza delle conoscenze in materia ambientale. Ciò rende difficile prevedere “*un'appropriata diversificazione di obblighi e standard, che sappiano tener conto della varietà delle condizioni ambientali locali nonché della diversità dei costi di abbattimento dell'inquinamento sostenuti dai differenti operatori economici*” cosa che richiederebbe “*dotazioni informative e di capacità valutative che raramente gli apparati pubblici sono in grado di soddisfare*”²²⁷. Nonostante ciò, come già ricordato²²⁸, gli strumenti statali di *command and control* sono irrinunciabili e comunque giustificabile risulta, anche in virtù dell'interpretazione delle norme effettuata dalla Corte Costituzionale²²⁹, la restrizione della legittimazione ad agire nei confronti del responsabile del danno ecologico, in mano statale, come operata dall'art. 311 del T.u.a.

2.3.1 La legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste

Il ruolo dell'*enforcement* privato rivolto, non a fini egoistici, ma alla tutela di un interesse collettivo qual è quello alla conservazione dell'*habitat* naturale in qualità di interesse pubblico, è assolutamente ridotto. Un'importante eccezione alla sovranità statale su tale tipo di azione è costituita, tuttavia, dalla legittimazione ad agire delle associazioni rivolte alla protezione dell'ambiente.

Al fine di analizzare al meglio il tema, è importante sin da subito delimitare il concetto di “legittimazione”. Con essa, distinta dal mero interesse a ricorrere che inerisce all'utilità che si trarrebbe dalla pronuncia, si postula la **titolarità di una situazione giuridica differenziata** e, quindi, il riconoscimento di una posizione protetta dall'ordinamento. Le associazioni ambientaliste, sebbene in via del tutto differente rispetto al diritto d'azione riservato allo Stato²³⁰, hanno facoltà di agire *ex art. 18 della L. 349/1986*. L'azione legittimata da tale norma, però, è perpetrabile *ex lege* solo da parte di quelle associazioni individuate in base all'art. 13 della stessa legge.

A tali associazioni viene consentito di:

²²⁷ F. Fonderico, Trattato di diritto dell'ambiente (a cura di) P. Dell'anno, CEDAM, 2012

²²⁸ Paragrafo 2.2

²²⁹ Corte Costituzionale, 126/2016

²³⁰ Lo Stato è l'unico a poter agire in via risarcitoria del danno prodotto, l'art. 18 della l istitutiva del ministero dell'ambiente, sancisce per le associazioni, la sola legittimazione a ricorrere avverso provvedimenti amministrativi.

- intervenire nei giudizi per danno ambientale;
- ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi²³¹.

I requisiti sanciti *ex art. 13* si sostanziano nella legittimazione ad agire di associazioni di:

- carattere nazionale;
- presenti in almeno cinque regioni;
- individuate con decreto del Ministero dell'ambiente, previo parere Consiglio nazionale per l'ambiente, del sulla base di:
 - a) finalità programmatiche e ordinamento interno democratico previsti dallo statuto;
 - b) continuità dell'azione e sua rilevanza esterna²³².

La portata di tali norme e della legittimazione che ne consegue risulta fondamentale per garantire la maggiore effettività possibile alle politiche di tutela ambientale in quanto si consente a enti collettivi, che realizzano per statuto la promozione dell'interesse protetto, di agire per la tutela dello stesso, affiancando lo Stato in un compito tutt'altro che semplice, soprattutto se si considera la scarsa efficienza dell'azione amministrativa.

Attraverso queste previsioni, inoltre, il carattere diffuso e adespotato dell'interesse ambientale, cui sopperisce solo la legittimazione statale, si trasforma per dare origine a un vero e proprio interesse collettivo. La giurisprudenza ritiene, infatti, che gli interessi diffusi, *“comuni a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata”*, si trasformino in interessi collettivi per il tramite di *“un ente esponenziale di un gruppo non occasionale”*²³³. Con riferimento alle associazioni, la giurisprudenza ammette la legittimazione ad agire *“dinanzi al giudice amministrativo per l'impugnazione di atti ritenuti lesivi dei predetti interessi a condizione che esse posseggano i seguenti requisiti: a) perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di protezione degli interessi dedotti nel giudizio; b) abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità, nel senso di svolgere all'esterno la propria attività in via continuativa, assumendo l'azione connotazioni tali da creare in capo all'ente una situazione sostanziale meritevole di tutela; c) abbiano un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume lesa”*²³⁴. Per quanto concerne le previsioni statutarie, a dire della stessa sentenza²³⁵, è sempre la giurisprudenza ad affermare che dal loro carattere generale non deriva *de plano* l'occasionalità dell'azione da cui discende la negazione della legittimazione ad agire per la tutela dell'interesse di cui si è portatori.

²³¹ Art. 18 l. 349 del 1986 comma 5, l'unico comma non abrogato dal t.u.a. la cui portata abrogatrice era, per come sancito nella legge delega 304/2008, legata all'espressa indicazione delle norme che il seguente d.lgs. intendeva espungere dall'ordinamento.

²³² Art. 13, comma 1, L. 349/86

²³³ T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, Sentenza, 06 novembre 2014, n. 2674

²³⁴ Tra le altre: T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 1607; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 06 novembre 2014, n. 2674

²³⁵ Vd. Nota precedente

Nello specifico, per quanto concerne le associazioni ambientaliste, tra i requisiti previsti *ex art. 13* si trova quello che impone l'esplicita individuazione dell'associazione in un decreto del Ministero dell'ambiente. Nonostante un precedente orientamento del Consiglio di Stato, secondo cui era da escludersi la possibilità di una legittimazione “*de facto a qualsiasi soggetto collettivo il quale dimostrasse di possedere determinati requisiti in termini di radicamento sul territorio*”²³⁶, è oggi pacifico il contrario. La giurisprudenza asserisce che la legittimazione ad agire delle associazioni non riconosciute *ex art. 1*; sia da valutare nel caso concreto in base alla sussistenza di tre presupposti, ossia il perseguimento statutario e non occasionale della tutela ambientale, il possesso di un adeguato grado di stabilità e rappresentatività; l'insistenza in un'area legata al territorio interessato²³⁷ dal danno o la minaccia di esso.

Con riguardo all'ampiezza della legittimazione ad agire delle associazioni di protezione ambientale, sebbene essa sia *ex ante* vincolata dallo scopo²³⁸ relativo al perseguimento della tutela dell'interesse ecologico, essa risulta ampliata in ragione dell'interpretazione estensiva, pacificamente adottata in giurisprudenza, del concetto di “tutela del bene ambiente”. Il Consiglio di Stato ha sancito che la nozione suddetta sia da interpretarsi estensivamente, come qualsiasi circostanza idonea ad arrecare un nocimento all'ambiente²³⁹. Nella pronuncia in parola, il Consiglio di Stato legittima l'azione di tali associazioni anche in caso di impugnazione di atti inerenti alla materia urbanistica, purchè si provi la loro attitudine a compromettere l'integrità ecosistemica. Lo stesso concetto era stato espresso anche dal Tar di Palermo, che include nella tutela ambientale gli interessi ecologici intesi non solo “in senso stretto”, ma anche “in senso lato” comprendenti “*paesaggio urbano, rurale, naturale nonché dei monumenti e dei centri storici, intesi tutti quali beni e valori idonei a caratterizzare in modo originale, peculiare e irripetibile un certo ambito geografico territoriale rispetto ad altri*”²⁴⁰. La possibilità delle associazioni ambientaliste di impugnare “*qualsiasi atto amministrativo*”²⁴¹, comprova la **trasversalità** della materia ambientale di cui si è già trattato²⁴². Il fatto che la giurisprudenza si sia più volte pronunciata sul punto conferma, inoltre, la necessità di pervasiva compenetrazione della disciplina ambientale in tutte le altre discipline, al fine di riempire di

²³⁶ Consiglio di Stato, Sez. IV, Sentenza, 16 giugno 2011, n. 3662 che conferma la sentenza T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 10 novembre 2010, n. 2634

²³⁷ Tra le altre: Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 maggio 2022, n. 3885; T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 23 settembre 2019, n. 2233

²³⁸ T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, 19 aprile 2018, n. 346

²³⁹ *inter alia*: Consiglio di Stato, Sez. II, 19 aprile 2021, n. 3170; T.A.R. Campania Napoli, Sez. VII, 03 maggio 2018, n. 2965

²⁴⁰ T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 23 settembre 2019, n. 2233

²⁴¹ T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, 19 aprile 2018, n. 346

²⁴² Paragrafo 2

significato e conferire effettività al concetto di sviluppo sostenibile, inapplicabile se i principi ambientali rimanessero legati alla sola materia che li riguarda²⁴³.

Un ulteriore potere delle associazioni di protezione ambientale, qualora partecipanti al giudizio di primo grado in qualità di interventori, è quello di proporre appello autonomo *ex art. 102, comma 2, del d.lgs. 104/2010* (Codice del processo amministrativo-c.p.a.), rispetto a quello del ricorrente principale in primo grado. La norma in parola asserisce che la possibilità di impugnare direttamente spetta solo agli interventori titolari di una “*posizione giuridica autonoma*”. La giurisprudenza, quindi, riconosce tale titolarità alle associazioni ambientaliste, permettendo loro di esercitare la facoltà prevista dal comma 2 dell’art. 102 c.p.a., non solo per atti afferenti alla materia ambientale.

Premessa la portata trasversale insita alla salvaguardia del Pianeta, il Consiglio di Stato ammette la possibilità di proporre appello autonomo, anche nell’ambito di procedimenti inerenti a provvedimenti rivolti alla pianificazione urbanistica, di localizzazione di opere pubbliche, di autorizzazione a interventi edilizi, ove questi possano essere nocivi per l’integrità dell’ambiente²⁴⁴.

Ciò detto, con riguardo alla direttiva europea, più volte citata, sulla responsabilità derivante dal danno ambientale, il suo considerando n. 25, pur caratterizzando l’ambiente come interesse diffuso, insuscettibile di adeguata protezione da parte dei singoli, ammette la necessità che le “*organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell’ambiente*” contribuiscano al perseguimento di tale obiettivo, in “*maniera adeguata all’efficace attuazione*” della direttiva stessa²⁴⁵.

A completare il quadro delle disposizioni rivolte a garantire la legittimazione a ricorrere delle associazioni ambientali, preposta alla salvaguardia dell’interesse da loro difeso, sta anche l’art. 840 *sexiesdecies* del codice di procedura civile (c.p.c.), il quale prevede la possibilità di organizzazioni o associazioni senza scopo di lucro, i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati²⁴⁶, di proporre **azione inibitoria** avverso gli atti o i comportamenti, omissivi o commissivi, posti in pregiudizio del bene da loro tutelato. La legittimazione, però, sussiste solo ove tali organizzazioni-associazioni siano iscritte in un “elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia”²⁴⁷.

L’inibitoria può rivolgersi a imprese o enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività.

²⁴³ Il principio di integrazione è sancito dall’art 11 TFUE

²⁴⁴ Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 aprile 2020, n. 2405

²⁴⁵ considerando n. 25 secondo periodo

²⁴⁶ 840 *sexiesdecies* cpc comma 1: Chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva. Le organizzazioni o le associazioni senza scopo di lucro i cui obiettivi statuari comprendano la tutela degli interessi pregiudicati dalla condotta di cui al primo periodo sono legittimate a proporre l'azione qualora iscritte nell'elenco di cui all'articolo 840-bis, secondo comma.

²⁴⁷ 840 *bis*, comma 2, secondo periodo, c.p.c.

Il procedimento in oggetto è regolato *ex artt.* 737 ss. c.p.c., in quanto compatibili, e il ricorso è notificato al P.M. (Pubblico Ministero)²⁴⁸. È previsto, inoltre, che “*in caso di condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su richiesta del Pubblico Ministero o delle parti, ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee a eliminare, ovvero ridurre gli effetti delle violazioni accertate*”²⁴⁹. Da questa disposizione emergono le finalità proprie anche del T.u.a. sull’ambiente, i cui obiettivi ripristinatori comportano la previsione dell’obbligo dell’operatore responsabile del danno reale, o della minaccia dello stesso, di porre in essere le misure preventive o di riparazione idonee a riportare l’ambiente alle condizioni originarie o a neutralizzare la minaccia²⁵⁰.

Ciò posto, nel trattare della legittimazione ad agire delle associazioni statutariamente preposte alla salvaguardia dell’ambiente non può non menzionarsi la costante giurisprudenza che ha ampliato il novero dei poteri a esse assegnati *ex lege*. L’art. 318, comma 2. lettera b), prevede espressamente l’abrogazione dell’art. 9, comma 3, del d.lgs. 267/2000 (testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali), il quale sanciva il potere sostitutivo delle associazioni ambientaliste di agire per il risarcimento del danno ambientale di competenza del giudice ordinario, in luogo di comuni e province, ferma restando la spettanza del *quantum* del risarcimento agli enti sostituiti²⁵¹. La facoltà delle associazioni ambientali di agire per la richiesta di risarcimento del danno ecologico dovrebbe, oggi, essere esclusa. Nel corso del tempo, tuttavia, la giurisprudenza si è andata consolidando in direzione diversa. A questo proposito, la Suprema Corte di Cassazione non discute l’esclusività della legittimazione statale, esercitata attraverso il Ministero dell’Ambiente, in ordine alla richiesta di risarcimento del danno ambientale “*inteso come interesse alla tutela dell’ambiente in sé considerato*”²⁵². Tuttavia, essa ammette la possibilità che le associazioni di protezione ambientale si costituiscano parte civile in un processo penale rivolto all’accertamento di reati commessi contro l’ambiente, detti appunto reati ambientali, per il risarcimento del danno “*subito iure proprio quale riflesso del reato, per il pregiudizio arrecato al perseguimento di interessi che costituiscono fine statuario, risolvendosi in un attentato alla personalità e identità dell’ente*”²⁵³. Tale affermazione, inserita nella pronuncia 383443/2014, la Corte pone *ex ante* un vincolo fondamentale all’esercizio di

²⁴⁸ 840 sexiesdecies, comma 3, c.p.c.

²⁴⁹ 840 sexiesdecies, comma 7, c.p.c.

²⁵⁰ Art. 305, d.lgs. 152 del 2006

²⁵¹ Art. 9, comma 3, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267: Le associazioni di protezione ambientale di cui all'articolo, 13 della L. 8 luglio 1986, n. 349, possono proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario che spettano al comune e alla provincia, conseguenti a danno ambientale. L'eventuale risarcimento è liquidato in favore dell'ente sostituito e le spese processuali sono liquidate in favore o a carico dell'associazione

²⁵² Cassazione penale, Sez. III, 29 novembre 2011, n. 633

²⁵³ Cassazione penale, sezioni unite, 18 settembre 2014 n. 38343, in C. Ripa, C. Giannattasio, G. Lo Re, A. Mancini, *Il risarcimento iure proprio in sede civile per le associazioni ambientaliste (in relazione ai reati ambientali)*, in *Quotidiano legale*, 24 dicembre 2019, <https://www.quotidianolegale.it/17430-2/>

tale forma di legittimazione delle associazioni ambientali. Esse, infatti, sono abilitate alla richiesta di risarcimento solo nell'ambito di procedimenti penali che hanno a oggetto un reato ascrivibile a comportamenti lesivi degli interessi statutariamente perseguiti dall'ente. La Corte, quindi, si premura di restringere la cerchia di processi penali in cui le associazioni ambientali possono costituirsi come parte civile per il risarcimento del danno. Tali organizzazioni sono legittimate solo ove il reato in analisi sia annoverabile tra i reati ambientali. Questi ultimi sono inseriti sì nel codice penale, ma anche nel d.lgs. 152/2006. Non è la sede per soffermarsi sul novero né sulla disciplina dei reati ambientali. Basti citare alcuni atti legislativi rilevanti in materia, come il d.lgs. n. 121 del 7 luglio 2011 il quale, attuativo della direttiva 2008/99/CE sulla tutela penale dell'ambiente, tra le altre cose, inserisce nel codice penale l'art. 733 bis²⁵⁴, e la L. del 22 maggio 2015 n. 68, che aggiunge il titolo VI *bis* al libro II del c.p., il quale è intitolato “*Dei delitti contro l'ambiente*”. Solo quando il processo riguarda uno degli illeciti ambientali penalmente rilevanti, emerge la facoltà di agire in qualità di parte civile delle associazioni di protezione ambientale. Queste ultime possono richiedere il *quantum* relativo non solo a danni patrimoniali, ma anche non patrimoniali, in quanto rileva la norma contenuta *ex art.* 185 c.p.²⁵⁵ il quale asserisce l'obbligo del colpevole di risarcire il danno, sia patrimoniale che non patrimoniale, formatosi come conseguenza di un reato.

Con riguardo alla destinazione del *quantum* del risarcimento eventualmente ottenuto dalle associazioni ambientaliste ricorrenti, questo non sarà mai motivo di arricchimento dei singoli. Tali associazioni, infatti, hanno tra i requisiti necessari quello dell'essere costituite senza scopo di lucro. L'assenza di finalità lucrative comporta che le somme ottenute per il ristoro dai nocuenti subiti integreranno il fondo associativo rivolto alla realizzazione di atti e comportamenti posti a salvaguardia dell'ambiente.

La legittimazione ad agire delle associazioni ambientali per il risarcimento del danno subito *iure proprio* conferma quanto detto dalla Suprema Corte di Cassazione a proposito della disciplina speciale inerente al danno ambientale. Questa normativa “*si affianca*” alla normativa generale sul danno sancita dal Codice Civile, e, prevale, secondo quanto efficacemente espresso da un celebre brocardo latino, *lex specialis derogat generali*²⁵⁶.

In ragione della specialità della disciplina, il risarcimento del danno ambientale in sé considerato, è una richiesta di pertinenza esclusiva dello Stato, in persona del Ministero dell'Ambiente. All'azione

²⁵⁴ Rubrica: “Distruzione o deterioramento di *habitat* all'interno di un sito protetto”

²⁵⁵ Art. 185 c.p.: “Ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.”

²⁵⁶ È un criterio interpretativo che impone l'applicazione della legge speciale in via prioritaria rispetto a quella generale: M. Buccarella, *Il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest alla luce del diritto internazionale dei trattati*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 9, 1 settembre 2022, p. 1160

dello Stato si aggiunge quella di cui si sta trattando, di competenza delle associazioni di protezione ambientale alla quale, però, si deve guardare con cautela, in modo da non incorrere in “*duplicazioni delle voci risarcitorie non necessariamente connesse alla pluri-offensività delle condotte pregiudizievoli dell’ambiente*”²⁵⁷. Nonostante questo rischio, la compresenza di azione pubblica e azione privata sollecita e concretizza l’idea del superamento di vari retaggi tradizionalmente validi in materia di rapporti tra Stato e cittadini. La pubblica Autorità veniva considerata quale vertice di un rapporto rigido e verticale, rapporto che è oggi cambiato alla luce della realtà che ha sdoganato questa atavica dicotomia²⁵⁸ tra pubblico e privato. Sebbene sia innegabile che, come ricordato anche in precedenza²⁵⁹, lo Stato appresti idonee garanzie alla tutela ambientale che passano attraverso i detti strumenti di *command and control*, oltre che per mezzo della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale quale lesione all’interesse pubblico a un ambiente salubre, anche attraverso i poteri di ordinanza previsti dagli artt. 301, 304, 312, 313 del T.u.a., non è detto che questa sia l’unica soluzione attuabile.

2.3.2 La legittimazione ad agire dei privati

In relazione alla legittimazione ad agire in via giurisdizionale, a oggi, i privati sono esclusi in quanto singoli, dalla possibilità di tutelare l’ambiente in via sostitutiva rispetto all’azione dello Stato. Essi possono adire il giudice solo ove si manifesti una circostanza peculiare in ragione della quale si modifichi la loro situazione giuridica soggettiva rispetto a quella degli altri consociati. Unicamente in questo caso, infatti, il soggetto ottiene la titolarità di un **interesse qualificato e differenziato** che lo rende interessato all’azione. Legittimazione e interesse a ricorrere sono entrambi condizioni imprescindibili per l’ammissibilità dell’azione, la cui carenza è rilevabile d’ufficio dal giudice²⁶⁰. Per quanto concerne la legittimazione di un singolo ad agire avverso un provvedimento inerente al territorio interessato dall’intervento che l’atto impugnato dispone, questa è riconosciuta dalla giurisprudenza alla luce del criterio della *vicinitas*. L’interesse, invece, è inteso quale “*specifico pregiudizio derivante dall’atto impugnato*”²⁶¹²⁶².

²⁵⁷ L. Prati, *Legittimazione delle associazioni ambientaliste al risarcimento dei danni non patrimoniali per i reati ambientali*, in *ambienteditto.it*: <https://www.ambienteditto.it/dottrina/legittimazione-delle-associazioni-ambientaliste-al-risarcimento-dei-danni-non-patrimoniali-per-i-reati-ambientali/>

²⁵⁸ M. CAPPELLETTI (1975), *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi e diffusi*, in *Giur. it.*, IV, 1975, p. 49

²⁵⁹ Paragrafo 2.2

²⁶⁰ art 35 c.p.a (d. lgs. 104/2010)

²⁶¹ *inter alia*: Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 dicembre 2021, n. 22; Cassazione civile, Sez. Unite, Ordinanza, 30 giugno 2022, n. 20869

²⁶² G. Spina (a cura di), Corte di Cassazione Civile, nota a sentenza della Cassazione civile, Sez. Unite, Ordinanza, 30 giugno 2022, n. 20869, *Ambiente & sviluppo*, n. 12, 1 dicembre 2022, p. 799

Per quel che qui rileva, l'interesse a ricorrere si manifesta quale concreta possibilità di pregiudizio al diritto alla salute, al paesaggio o all'ambiente²⁶³. Per la prova della sussistenza di tale interesse serve l'esistenza di un effetto nefasto nella sfera del ricorrente, non bastando la semplice considerazione inerente alla lesione di ambiente, salute, paesaggio *ex se* considerati.

La legittimazione a impugnare atti in materia ambientale ricorre, quindi, ove sussista la verifica positiva da parte del giudice in ordine all'esistenza del requisito della *vicinitas*, in virtù della differenziazione che ciò consente di effettuare tra il ricorrente e gli altri consociati. Il criterio della *vicinitas*, non va inteso in senso stretto come prossimità, ma come “*stabile e significativo collegamento*”²⁶⁴ da valutare in base alla potenziale pericolosità dell'intervento disposto dall'atto impugnato. La giurisprudenza propende per un'interpretazione estensiva del concetto²⁶⁵ grazie alla quale il soggetto legittimato attivo non sarà onerato della *probatio diabolica* eventualmente determinata dalla necessità di allegare la prova della pericolosità per salute, paesaggio o ambiente dell'attività a oggetto del provvedimento autorizzatorio impugnato.

Nella situazione fin qui trattata, anche il privato risulta facoltizzato ad agire a tutela dell'ambiente.

A oggi, tuttavia, non esiste la disciplina di un *private enforcement* inteso quale possibilità per i singoli di agire a difesa del bene “ambiente” *ex se* inteso, non per i fini egoistici che potrebbero coincidere con l'ottenimento di un risarcimento rivolto all'arricchimento personale, ma solo in ragione della volontà di tutela di un interesse diffuso quale quello ambientale. Tale caratteristica non si risolve in una minore importanza poiché scarsamente suscettibile di valutazione economica anzi, proprio la sua inidoneità a essere quantificato in termini meramente economici, dimostra il suo valore inestimabile. È per questo che, probabilmente, il legislatore italiano dovrebbe introdurre nuovi strumenti di tutela che coinvolgano i privati cittadini i quali, in maniera più efficiente rispetto alle Pubbliche Amministrazioni, potrebbero pretendere vicendevolmente la tutela della Terra che li ospita.

Nel caso di un ampliamento del novero dei soggetti legittimati ad agire per la tutela dell'ambiente come bene collettivo, il modello di *private enforcement* delineato “*potrebbe condurre alla salvaguardia di posizioni giuridiche secondo un'accezione non già egoistica e proprietaria*”²⁶⁶, ma

²⁶³ Cassazione civile, Sez. Unite, Ordinanza, 30 giugno 2022, n. 20869

²⁶⁴ Tra le altre: Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2012, n. 2460; Consiglio di Stato, Sez. V, 26 febbraio 2010, n. 1134.

²⁶⁵ Consiglio di Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3711 in cui il giudice amministrativo nega la necessità che la legittimazione ad agire avverso un provvedimento autorizzatorio di un impianto con impatto potenzialmente negativo per l'ambiente, si debba subordinare alla prova della concreta pericolosità dello stesso. Se la legittimazione si fondasse, infatti, non sulla “ragionevole prospettazione delle lesioni potenziali” ma sulla dimostrazione concreta dei danni”, si onerebbe ingiustamente il ricorrente dell'allegazione di una prova eccessivamente difficoltosa, rientrando nell'alveo della *probatio diabolica*.

²⁶⁶ In tema, U. Salanitro, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in Rassegna di diritto civile, volume 29, fascicolo 2, 2009 p. 472: La configurazione ad ampio raggio di un modello di *private enforcement* potrebbe condurre alla salvaguardia di posizioni giuridiche secondo un'accezione non già egoistica e “proprietaria”, bensì aggregata e relazionale, e potrebbe disincentivare la realizzazione di pratiche potenzialmente dannose da parte degli attori economici. Al contempo, verrebbe favorito un più penetrante controllo sull'impatto ambientale delle attività produttive e

fondata su un'ottica solidale volta al perseguimento congiunto dello scopo di “*disincentivare la realizzazione di pratiche potenzialmente dannose da parte degli attori economici*” e perpetrare un controllo più “penetrante” dell'impatto ambientale provocato dalle pratiche antropiche²⁶⁷.

In attesa di un'eventuale pronuncia legislativa, preme asserire che per una tutela effettiva, che sia riconosciuta come tale anche in ambito europeo, sarebbe almeno necessario che la nozione di Stato inserita nell'art. 311 del d.lgs. 152 del 2006 si interpreti estensivamente e non restrittivamente come scelto dalla giurisprudenza costituzionale²⁶⁸. Emerge, infatti, una contrapposizione tra la giustificazione fondata sull'importanza del carattere unitario dell'azione, il quale può essere garantito solo tramite la centralizzazione del potere di agire, e la sovente inerzia statale. È l'inefficienza del controllo e dell'azione dello Stato in tema di protezione ambientale a stare al centro di alcune importanti pronunce della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) che dimostrano l'importanza di un controllo più diffuso e penetrante sul rispetto della normativa ambientale.

Nel prossimo paragrafo si prenderanno in considerazione due sentenze della Corte EDU emblematiche a tal riguardo.

2.3.3 La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo

Importanti decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in applicazione della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), hanno fatto emergere l'inadeguatezza del controllo e dell'azione statale rivolta alla tutela dell'ambiente.

Ai fini della presente trattazione, risultano fondamentali due recenti pronunce della Corte EDU, la sentenza del 24 gennaio 2019²⁶⁹ e la sentenza del 5 maggio 2022²⁷⁰.

In entrambi i casi, i parametri che i ricorrenti pongono a fondamento delle proprie doglianze sono costituiti dagli artt. 8 e 13 CEDU, in base ai quali si agisce contro la Repubblica Italiana per l'inerzia rispetto all'adempimento dei propri obblighi in tema di disastro ambientale, considerati i continui danneggiamenti originati dalle immissioni inquinanti dell'Ilva di Taranto²⁷¹.

generalizzata una tecnica di tutela volta a prevenire e governare atti e attività suscettibili di tradursi in illeciti continuativi e che abbiano efficacia causale nella produzione del danno ambientale.

D'altronde, la Corte costituzionale, riconoscendo la piena legittimità dell'art. 311 d.lgs. n. 152 del 2006, con la sentenza n. 126 del 2016 ha precisato come “all'esigenza di unitarietà della gestione del bene ‘ambiente’ non può infatti sottrarsi la fase risarcitoria”; quest'ultima fase, secondo le parole della Corte costituzionale, “pur non essendo certo qualificabile come amministrativa, ne costituisce il naturale completamento, essendo volta a garantire alla istituzione su cui incombe la responsabilità del risanamento, la disponibilità delle risorse necessarie, risorse che hanno appunto questa specifica ed esclusiva destinazione”⁶¹.

²⁶⁷ G. Vergallo, *op. cit.* p. 223-224

²⁶⁸ sentenza 126 del 2016

²⁶⁹ Causa Cordella e altri c. Italia (Ricorsi nn. 54414/13 e 54264/15)

²⁷⁰ Causa Ardimento e altri c. Italia (Ricorso n. 4642/17)

²⁷¹ oggi di proprietà di ArcerolMittal S.p.A.

L'art. 8 della CEDU tutela la "*vita privata e familiare*"²⁷² imponendo il rispetto della stessa anche da parte delle autorità pubbliche, le quali devono astenersi da qualunque ingerenza. Come spiega la Corte EDU nella sentenza Cordella e altri c. Italia, il rispetto dell'astensione dall'ingerenza non consiste solo nella perpetrazione di comportamenti negativi ma, in casi particolari, può richiedere l'esercizio di condotte attive da parte della autorità pubbliche. Viene in rilievo, in proposito, il punto 158 della sentenza, ove si afferma che gli Stati sono titolari di un "*obbligo positivo*", quello di fornire una legislazione idonea a neutralizzare il rischio derivante dall'esercizio di attività pericolose, disciplinando "*l'autorizzazione, la messa in funzione, lo sfruttamento, la sicurezza e il controllo dell'attività in questione*"²⁷³. Tale asserzione enuclea l'onere dello Stato italiano di provvedere all'emanazione di leggi idonee a tutelare l'ambiente alterato dalle costanti immissioni nocive che lo stabilimento tarantino produce. Nel corso degli anni, invece, lo Stato italiano non è stato in grado di arginare l'inquinamento, nonostante atti legislativi rivolti al controllo delle stesse al fine di farle rientrare entro limiti accettabili²⁷⁴.

Ai provvedimenti rivolti al contenimento del rischio ambientale derivante dall'attività dell'acciaieria, si aggiungono i decreti cosiddetti "*salva-Ilva*"²⁷⁵ volti alla legittimazione della prosecuzione

²⁷² Diritto al rispetto della vita privata e familiare: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui"

²⁷³ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 24 gennaio 2019 (Cordella e altri contro Italia), paragrafo 158

²⁷⁴ Sentenza Cordella c. Italia, del 24 gennaio 2019: lettera C, punto 1, paragrafi da 31 a 42: Deliberazione del 30 novembre 1990 del Consiglio dei Ministri per l'individuazione dei comuni «ad elevato rischio di crisi ambientale». I comuni risultarono essere quelli di: Taranto, Crispiano, Massafra, Montemesola e Statte) e chiese al Ministero dell'Ambiente di istituire un piano di disinquinamento per il risanamento del territorio; decreto del 15 giugno 1995, con cui il Ministero dell'Ambiente istituì una commissione composta da membri del governo, del consiglio regionale della Puglia e delle istituzioni locali allo scopo di raccogliere i dati necessari alla realizzazione del suddetto piano. Tra le altre cose, il Ministero ordinò la realizzazione di studi epidemiologici e la creazione di un registro dei tumori per raccogliere dati statistici sull'evoluzione delle patologie tumorali nel territorio interessato; decreto n. 196 del 30 novembre 1998, con cui il Presidente della Repubblica aveva approvato il piano di risanamento. Ciò riguardava l'intera area detta «ad alto rischio ambientale»; accordo del 23 ottobre 2006 tra Consiglio Regionale della Puglia e la società Ilva con il quale la società si impegnava a misurare le emissioni di diossina e a designare un ente terzo (il Consiglio Nazionale delle Ricerche) allo scopo di individuare le principali fonti di emissioni di particolati pesanti; legge regionale n. 44 del 19 dicembre 2008, con cui il Consiglio Regionale della Puglia fissò i limiti di emissioni di diossina consentiti nell'ambito dell'attività industriale; decreto n. 155 del 13 agosto 2010, adottato ai sensi della direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria, che prevedeva il termine per rientrare nei limiti autorizzati per la produzione di inquinanti, fissato al 31 dicembre 2012; legge regionale n. 3 del 28 febbraio 2011 secondo la quale, in caso di superamento della soglia di emissione di benzopirene accettata, il ritorno ai valori autorizzati doveva essere raggiunto «il più presto possibile».

²⁷⁵ Sentenza Cordella c. Italia, del 24 gennaio 2019, lettera C punto 5, paragrafi da 47 a 68Il decreto legge n. 207 del 3 dicembre 2012, recante «Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale», autorizzò l'Ilva a proseguire la propria attività per un periodo non superiore a trentasei mesi; il decreto legge n. 61 del 4 giugno 2013 prevede la nomina di un commissario straordinario incaricato della gestione della società per un periodo fino a trentasei mesi; decreto legge n. 101 del 31 agosto 2013, recante «Disposizioni in materia di imprese di interesse strategico nazionale», autorizzò, tra l'altro, la costruzione di discariche per rifiuti speciali, pericolosi e non pericolosi localizzate nel perimetro dell'impianto produttivo dell'Ilva al fine di garantire l'attuazione delle misure previste dal piano di tutela ambientale; decreto legge n. 136 del 10 dicembre 2013, che prevedeva «Disposizioni urgenti dirette a fronteggiare emergenze ambientali e industriali e favorire lo sviluppo delle aree interessate»; decreto legge n. 100 del 16 luglio 2014 che decadde per mancata conversione in legge entro 60

dell'attività dello stabilimento in quanto considerata attività di interesse strategico nazionale. L'interesse statale al mantenimento in vita dell'acciaieria ha impedito che lo stesso portasse al soddisfacimento dei doveri assegnatigli dalla normativa ambientale per la salvaguardia dell'*habitat* umano.

Ciò detto, il punto di maggiore interesse per la presente analisi riguarda la violazione dell'art. 13 della CEDU²⁷⁶, sulla base del quale si fonda il diritto dei singoli di proporre dinanzi a un'autorità giudiziaria nazionale il ricorso avverso la violazione di diritti e libertà sanciti dalla CEDU. Tale ricorso deve possedere, come sancito dall'articolo in questione, il carattere dell'effettività. La Corte EDU, sia nella sentenza Cordella che in quella Ardimento e altri c. Italia, condanna la Repubblica per la violazione di questa disposizione²⁷⁷ giacché rileva la mancanza nell'ordinamento nazionale di uno strumento di ricorso azionabile dai singoli e rivolto al disinquinamento della zona interessata²⁷⁸. La normativa nazionale, infatti, prevede che solo lo Stato possa agire per richiedere la messa in atto delle misure necessarie a riportare l'ambiente leso alle condizioni originarie o a prevenire la verificazione del danno²⁷⁹. I singoli possono agire, come sopra analizzato²⁸⁰, ex art. 310 per l'annullamento degli atti adottati in violazione delle disposizioni della parte VI del T.u.a., nonché avverso il silenzio inadempiuto del Ministero dell'Ambiente e per il risarcimento del danno eventualmente subito per la mancata attuazione delle misure necessarie a prevenire o contenere il danno²⁸¹. La stessa Corte EDU rileva, infatti, che *“nessuna azione di natura penale, civile o amministrativa possa rispondere all'obiettivo delle persone interessate, ossia ottenere il risanamento della zona interessata”*²⁸².

Alla luce delle pronunce ivi considerate, emerge con chiarezza l'inadeguatezza della azione statale rispetto all'impellente necessità di intervenire sì per risanare le zone interessate dall'inquinamento

gg; decreto del 21 gennaio 2015, con cui il Ministero dello Sviluppo Economico ammetteva l'Ilva alla procedura di amministrazione straordinaria a causa del suo stato di insolvenza nel frattempo accertato. Il 18 giugno 2015 un altoforno dell'acciaieria di Taranto fu sottoposto a sequestro giudiziario nell'ambito di un procedimento penale per la morte di un operaio, investito da una colata di materiale incandescente; il decreto legge 92/2015 autorizzò la prosecuzione dell'attività dell'impianto per un periodo di dodici mesi a decorrere dalla data di sequestro dell'altoforno, in attesa degli adeguamenti alle norme di sicurezza sui luoghi di lavoro. il decreto fu oggetto di una dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della corte costituzionale con sentenza 58/2018 che rileva la mancanza di un adeguato bilanciamento tra il diritto alla salute e alla vita, ingiustamente sbaragliati dalla preminenza dell'interesse alla prosecuzione dell'attività economica; decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 29 settembre 2017, il termine per l'esecuzione delle misure previste nel piano ambientale fu rinviato al mese di agosto 2023.

²⁷⁶ Art. 13 CEDU: Diritto a un ricorso effettivo

Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

²⁷⁷ Oltre che per la violazione dell'art 8 della stessa convenzione

²⁷⁸ Paragrafo 175 sentenza Cordella: Avuto riguardo alle conclusioni alle quali è giunta circa l'esistenza di vie di ricorso utili ed effettive che permettano di sollevare, dinanzi alle autorità nazionali, delle doglianze relative all'impossibilità di ottenere misure che garantiscano il disinquinamento delle aree interessate da emissioni nocive dello stabilimento Ilva, la Corte ritiene doversi concludere che vi è stata violazione dell'articolo 13 della Convenzione nel caso di specie

²⁷⁹ Art. 304, commi 3 e 4; art. 305 commi 2 e 3, art 306 comma 2 t.u.a.

²⁸⁰ Al paragrafo 2.2.1

²⁸¹ Art. 310, comma 1, d.lgs. 152/2006

²⁸² Corte EDU, Ardimento c. Italia, Paragrafo 12

prodotto dallo stabilimento dell'Ilva ma, più in generale, anche per la salvaguardia dell'ambiente tutto. Procedendo con metodo deduttivo, infatti, risulta evidente l'inefficienza statale rispetto all'enormità del problema ambientale che il mondo si sta trovando ad affrontare, non con poche difficoltà.

A questo punto, risulta necessario prevedere un'alternativa all'esclusività della competenza statale. Il controllo dei privati attuato in via solidale, potrebbe essere una delle soluzioni, come anche l'implementazione degli strumenti a disposizione del mercato per il controllo e l'arginamento delle attività inquinanti.

Ciò posto, si andrà nel prosieguo a trattare della più recente evoluzione della normativa europea rivolta alla protezione e salvaguardia ambientale, per una sempre maggiore concretizzazione del principio dello sviluppo sostenibile, conciliando tecnologia ed ecologia.

3. Il Green Deal Europeo: sfida contro il cambiamento climatico

La lotta ai cambiamenti climatici e al degrado ambientale si pone oggi in termini di sfida mondiale, una sfida che nessuno può esimersi dall'affrontare data l'urgenza di un cambio di rotta deciso che sventi la terribile prospettiva di un aumento della temperatura globale superiore ai 2 gradi centigradi, che porterebbe all'inevitabile perdita di gran parte della biodiversità costituente l'odierno ecosistema nonché l'avvento di eventi climatici disastrosi.

I risultati di ricerche scientifiche mirate dimostrano che il caldo che conseguirebbe al suddetto aumento, unito all'umidità, sarebbe letale anche per uomini sani, i quali risulterebbero maggiormente esposti in termini percentuali a un rischio di mortalità direttamente proporzionale all'aumento della temperatura media terrestre²⁸³.

L'accordo di Parigi, siglato il 12 dicembre del 2015²⁸⁴, si pone, tra gli altri, l'obiettivo di mantenere entro 1,5 gradi celsius l'aumento della temperatura media globale, in modo da limitare i danni. Ogni decimale è fondamentale per il contenimento delle lesioni arrecate all'ambiente e il mantenimento di un ecosistema adatto alla vita, umana e non, sulla Terra. In ragione di ciò, l'accordo, più che prefiggersi un risultato limite, come quello di scongiurare la crescita fino ai 2 gradi, impegna gli Stati in uno sforzo maggiore.

²⁸³ Environmental Research Letters, Londra, 2022: <https://www.wired.it/article/cambiamenti-climatici-mortalita/>

²⁸⁴ Oggi si è arrivati a 197 Paesi aderenti. Tutti gli Stati membri dell'UE hanno ratificato l'accordo di Parigi che segue al protocollo di Kyoto del 1997 al fine di riunire gli stati attori nel panorama internazionale e promuovere obiettivi di sostenibilità integrata in tutte le politiche sovrane. Esso si pone diversi obiettivi, ossia: il mantenimento della temperatura media globale al di sotto dei 2 gradi; se possibile, il contenimento della crescita entro 1,5 gradi (il termine di paragone è sempre la temperatura nel periodo preindustriale); il raggiungimento il prima possibile del picco di emissioni inquinanti, la drastica diminuzione delle emissioni di gas clima alternanti ad effetto serra.

Dall'accordo di Parigi, firmato anche autonomamente dall'Unione Europea²⁸⁵, deriva un importante pacchetto di misure con cui l'Unione programma l'azione sovranazionale rivolta alla suddetta lotta contro i cambiamenti climatici. Il *green deal* europeo, letteralmente la sfida verde, deriva da una comunicazione presentata dalla Commissione UE nel 2019²⁸⁶ che il Consiglio Europeo approva nel dicembre dello stesso anno²⁸⁷. Da qui viene elaborato un insieme di misure rivolte alla lotta contro il cambiamento climatico. La salvaguardia ambientale è ormai fulcro dell'attività sovranazionale, grazie alla quale l'UE risulta *leader* mondiale nella sfida contro il degrado ambientale. L'Unione, attraverso il *green deal*, programma l'attività statale nel settore, facendo seguito agli impegni assunti nel 2015 con la sigla dell'accordo di Parigi.

Il *green new deal*, delineato a partire dal *green deal* europeo e in coerenza con le previsioni dello stesso, consiste in un programma di interventi rivolti alla crescita della sostenibilità ambientale, all'efficientamento energetico e all'innovazione tecnologica nell'ottica della resilienza economica²⁸⁸. La sfida, quindi, non consiste solo nella battaglia avverso il cambiamento climatico e la degenerazione ecosistemica, ma si pone anche l'obiettivo di tutelare l'ambiente senza un eccessivo sacrificio dell'economia. Come già detto²⁸⁹, infatti, il concetto di sviluppo sostenibile vuole conciliare l'evoluzione economica e l'accrescimento del benessere, con un ridotto impatto ambientale delle pratiche antropiche rivolte a tali scopi. Il *green new deal* si sostanzia nel regolamento (UE) 2021 n. 1119²⁹⁰, denominato anche "*normativa europea sul clima*"²⁹¹. Esso si prefigge due obiettivi fondamentali, diversamente scanditi rispetto alle tempistiche entro cui raggiungerli.

Il primo prevede la riduzione, entro il 2030, dell'emissione di gas climalteranti, anche detti gas serra o gas a effetto serra, almeno del 55%; il secondo consiste nel raggiungimento della neutralità

²⁸⁵ L'UE ha ratificato l'accordo con la decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio, del 5 ottobre 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici: D. Bevilacqua: "la normativa Europea sul clima e il green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2/2022 nota n. 4

²⁸⁶ Il Green Deal Europeo viene adottato a seguito di una comunicazione della Commissione europea: *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*. Il Green Deal europeo, Bruxelles, 11.12.2019 COM(2019) 640 final. Tale comunicazione consta di un documento di 116 punti che impegna i Paesi dell'Unione a mettere in atto comportamenti rinvolti alla lotta al cambiamento climatico e ad ogni altra sfida ambientale, al fine di limitare il "riscaldamento globale" entro 1,5 gradi celsius scongiurando un'inaccettabile perdita di biodiversità.

²⁸⁷ Il 12 e 13 dicembre del 2019 il consiglio Europeo, prende atto della comunicazione della Commissione sul Green deal e approva l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050.

²⁸⁸ M. De Donno, *L' emergenza climatica e la democrazia partecipativa*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 6, 1 novembre 2022, p. 755

²⁸⁹ Paragrafo 1.2.1.

²⁹⁰ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 n. 1119, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il Regolamento (CE) n. 401/2009 e il Regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»)

²⁹¹ Sul contributo unionale nella lotta ai cambiamenti climatici inerente alla normativa climatica UE, si veda: Cambiamenti climatici: il contributo dell'UE, <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/climate-change/#:~:text=Secondo%20quanto%20previsto%20dalla%20normativa,climaticamente%20neutra%20entro%20il%202050.>

climatica nell'area europea, entro il 2050. Tali obiettivi, qualificati come vincolanti, sono inseriti all'interno di un regolamento, atto Unionale dotato di applicabilità diretta negli ordinamenti statali²⁹². All'interno del provvedimento sovranazionale in parola, l'UE assume il ruolo di guida rispetto all'azione degli Stati Membri, fornendo loro una normazione di indirizzo in cui manca ogni riferimento a strumenti regolatori precisi rivolti al raggiungimento dell'obiettivo finale, che è quello della neutralità climatica, da raggiungere entro il 2050.

La programmazione Unionale orienta l'attività statale abbracciando il modello dell'economia circolare diverso da quello tradizionale fondato sull'idea di linearità dell'economia²⁹³. Tale modello si fonda su un utilizzo consapevole delle risorse naturali, sulla drastica riduzione della quantità di rifiuti promuovendo il riutilizzo degli stessi per la produzione di nuovi beni al fine di prolungare la vita delle materie prime e del prodotto finito²⁹⁴. L'adesione all'idea di economia circolare, che è per sua natura coerente con il concetto di crescita sostenibile, conferma l'impegno eurounitario rivolto al conseguimento dell'obiettivo della neutralità, considerata l'innegabile "minaccia esistenziale"²⁹⁵ che i cambiamenti climatici perpetrano nei confronti di tutte le specie terrestri. Con tale locuzione, il regolamento evidenzia la portata potenzialmente catastrofica e letale che lo snaturamento dell'equilibrio climatico in atto porta con sé. Nello stesso considerando, proprio alla luce della pericolosità del degrado ambientale, l'UE si impegna ad attuare l'accordo di Parigi²⁹⁶.

La volontà unionale è rivolta all'intensificazione degli interventi ispirati alla conservazione e all'implementazione del patrimonio naturale europeo, proteggendo la salute e il benessere dei

²⁹² Il regolamento è un atto *self executing* che non necessita di alcuna norma di recepimento da parte dei legislatori nazionali, esso è direttamente applicabile all'interno degli ordinamenti nazionali per come delineato dall'UE. tale caratteristica degli atti regolamentari è espressamente prevista ex art 288 del TFUE

²⁹³ Tale idea si fonda su un utilizzo poco consapevole delle risorse. In base a questo modello, i beni vengono prodotti, utilizzati e poi abbandonati nel momento della fine della loro vita utile. Le materie prime necessarie per la produzione, quindi, non vengono in alcun momento recuperate. Per un approfondimento del tema si vedano: Cos'è l'economia lineare, <https://www.economiafinanzas.com/it/que-es-la-economia-lineal/>; A. Venieri, *Sostenibilità d'Impresa: una "bussola" per le aziende e gli addetti ai lavori*, in *Ambiente & sviluppo*, 11/2022, p. 681:

²⁹⁴ Per un approfondimento sul tema dell'economia circolare e la sua contrapposizione con il modello dell'economia lineare: F. De Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1/2020; A. Quaranta, *Il piano per la transizione ecologica: aspetti tecnici e culturali della svolta da imprimere al nostro Paese*, *Ambiente & sviluppo*, 7/2022, p. 481; E. Sobacchi, *La finanza sostenibile e i Green Bond* *Amministrazione & Finanza*, 4/2022, p. III.; - E. MacArthur Foundation, *Towards the Circular Economy*, 2013; Commissione Europea, comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni, *L'anello mancante Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, COM(2015) 614 final.

È da precisare che, in ogni caso, la natura stessa della materia impedisce di azzerare i rifiuti e l'inquinamento. «L'economia circolare permette di diminuire sprechi (di materia e di denaro) e di evitare danni ambientali ma sotto due vincoli; il primo è che qualsiasi passo avanti verso la chiusura di qualche ciclo produttivo non porta a "zero rifiuti" perché anche i processi virtuosi generano scorie, pur differenti dai rifiuti trattati; il secondo vincolo è che qualsiasi azione di economia circolare è resa possibile dall'impiego di energia che a sua volta si ottiene generando scorie e rifiuti. Purtroppo la natura non dà niente gratis» (G. Nebbia). Allo stesso modo, Anche il processo economico è soggetto alle leggi della termodinamica. La dissipazione della materia ne impedisce un riciclo completo (N. Georgescu Roegen)

²⁹⁵ Considerando 1 Regolamento 30 giugno 2021 n. 1119

²⁹⁶ Tale accordo è privo di efficaci strumenti di *enforcement* ed è dunque lasciato alla libera concretizzazione da parte degli stati aderenti che si sono impegnati alla sua esecuzione.

cittadini, nonché al coinvolgimento di tutti gli attori nel progetto di tutela, fondato su una logica inclusiva²⁹⁷.

L'obiettivo della neutralità climatica è certamente il risultato più importante che l'Unione si propone di raggiungere, ma ciò non significa che sia l'unico. Esso è posto in relazione con tante altre necessità che sottendono alla stessa salvaguardia ecosistemica. Risulta fondamentale, infatti, promuovere un progetto di crescita sostenibile che riesca, come già anticipato, a conciliare l'accrescimento del benessere e l'evoluzione dell'economia con la riduzione, fino all'eliminazione, dell'impatto ambientale negativo che deriva da tali attività. A dover essere tutelata, però, ancora prima dell'economia, è la salute dei cittadini europei. È per questo che, la Commissione europea, il 24 febbraio del 2021, ha istituito un osservatorio europeo per il clima e la salute²⁹⁸. Questa misura si pone nell'ambito di un programma rivolto alla realizzazione di un'Europa resiliente ai cambiamenti climatici, capace di anticipare e limitare i danni conseguenti ai mutamenti, soprattutto quelli a scapito della salute umana. A ciò si accompagna l'inserimento di dati confortanti circa la possibile dissociazione tra crescita economica e danneggiamento ambientale. Nel considerando 7, infatti, vengono riportati i risultati ottenuti a seguito dell'impegno profuso da parte del settore economico-industriale degli Stati, grazie al quale si è riuscito a conseguire uno sviluppo economico pari al 60% combinato ad una riduzione del 24% delle emissioni di gas climalteranti, nel periodo compreso tra il 1994 e il 2019²⁹⁹, il che dimostra l'importanza e l'efficacia dell'attenzione comunitaria alla sfida verde. Tuttavia, è bene evidenziare che nessun grande obiettivo si potrà raggiungere senza una completa integrazione degli obiettivi ambientali in tutte le politiche economiche, non solo comunitarie ma anche nazionali. L'UE tiene a mantenere la sua *leadership* internazionale nella lotta ai cambiamenti climatici fino al 2050 e oltre, a tutela dell'ambiente e della biodiversità che in esso si manifesta.

La realizzazione degli obiettivi “vincolanti”³⁰⁰ passa attraverso una necessaria collaborazione tra gli Stati nonché un loro armonico e costante sforzo prodromico alla neutralità climatica. Ad accompagnare il cammino istituzionale verso il raggiungimento di questi risultati è il “comitato consultivo scientifico”, previsto dall'art. 3 del regolamento 2021/1119 e istituito anche dall'art. 12 dello stesso atto in seno al regolamento 2009/401³⁰¹. Il comitato, sul cui modello il quarto comma dell'art. 3 prevede che gli Stati membri costituiscano un proprio organo consultivo in materia

²⁹⁷ Considerando 2 Regolamento 30 giugno 2021 n. 1119

²⁹⁸ Considerando 5 regolamento 30 giugno 2021 n. 1119

²⁹⁹ Considerando 7 regolamento 30 giugno 2021 n. 1119: le emissioni di gas a effetto serra nell'Unione sono state ridotte del 24 % tra il 1990 e il 2019 mentre, nello stesso periodo, l'economia è cresciuta del 60 %

³⁰⁰ Art. 1, paragrafo 1, del regolamento 30 giugno 2021 n. 1119

³⁰¹ Regolamento (CE) n. 401/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 sull'Agenzia europea dell'ambiente e la rete europea d'informazione e di osservazione in materia ambientale

ambientale, è dotato di vari compiti che lo rendono fondamentale per l'impulso regolatorio. Esso funge da tramite per lo scambio di informazioni rilevanti in materia ambientale, delinea le azioni necessarie per l'ottenimento dei risultati auspicati, fornisce consulenze scientifiche sulle misure in atto nell'Unione, sulla loro idoneità e coerenza con gli obiettivi, nonché sui dati intermedi relativi al perseguimento degli stessi. L'attività consultiva dell'organo europeo, in combinazione con quelli statali, fonda un parametro che limita la discrezionalità amministrativa pura degli Stati, nell'ambito della quale selezionare le misure attuative necessarie, facendo sì che essa si bilanci con valutazioni tecnico-scientifiche. Il momento politico e quello scientifico devono incontrarsi e bilanciarsi all'insegna della ragionevolezza, senza che il fondamento tecnico escluda completamente il controllo sociale sugli atti conseguenti. L'azione politica, infatti, in quanto democraticamente legittimata, deve sempre intervenire e sopperire con opportune valutazioni i campi in cui la credibilità tecnica vacilla. Per cui, se è vero che l'azione statale deve basarsi su dati scientifici certi, è anche vero che il principio democratico impone una costante presenza politica nell'ambito di valutazioni che, del resto, tangono non solo l'ambiente, ma anche la tutela del diritto alla salute³⁰².

La normativa europea, nella consapevolezza della tortuosità e complessità del percorso che porta verso la concretizzazione delle speranze climatiche riposte nell'azione comunitaria e statale, ha sancito il dovere delle istituzioni nazionali di dotarsi di sistemi finalizzati ad assorbire i colpi conseguenti al degrado ambientale, con lo scopo di raggiungere un livello adeguato di adattamento ai cambiamenti climatici in corso. Il regolamento, infatti, stabilisce che *“le istituzioni competenti dell'Unione e gli Stati membri assicurano il costante progresso nel miglioramento della capacità di adattamento, nel rafforzamento della **resilienza** e nella riduzione della vulnerabilità ai cambiamenti climatici in conformità dell'articolo 7 dell'accordo di Parigi³⁰³”*. Tale sforzo deve essere profuso da tutti gli Stati membri, i quali hanno anche il compito di sostenersi tra loro nelle eventuali difficoltà. La solidarietà e la resilienza fanno parte della strategia di adattamento che si pone come strumento fondamentale per la vittoria nella sfida verde che l'unione ha ingaggiato. C'è bisogno di resistere strenuamente in ragione di un obiettivo ambizioso quanto ineludibile per la sopravvivenza delle specie sulla Terra.

Il *Green New Deal*, per verificare l'idoneità e la tempestività dell'azione statale rispetto agli obiettivi, sancisce la competenza della Commissione che, entro il 30 settembre 2023 e poi ogni 5 anni, dovrà

³⁰² Risulta pertinente in proposito quanto scritto da G. Manfredi, Osservazioni su ambiente e democrazia, G. Manfredi e S. Nespor, Ambiente e democrazia, Milano, Giuffrè, 2010, p.297-298.

³⁰³ Art. 7, paragrafo 1: “Le Parti stabiliscono l'obiettivo mondiale di adattamento, che consiste nel migliorare la capacità in tal senso, rafforzare la resilienza e ridurre la vulnerabilità ai cambiamenti climatici, al fine di contribuire allo sviluppo sostenibile

valutare la coerenza delle misure nazionali rispetto al conseguimento della neutralità climatica e dell'adeguato grado di resilienza³⁰⁴.

Da tale previsione si evince che la normativa europea affida *in toto* agli Stati il compito di delineare e attuare misure idonee al conseguimento degli obiettivi prefissati. L'UE è foriera di una strategia comune, fondamentale nell'ambito di una politica di indirizzo che orienti l'azione domestica, la cui concretizzazione è, però, nelle mani delle amministrazioni nazionali. Il regolamento in parola, infatti, definisce *an* e *quando*, ma devolve piena discrezionalità agli Stati membri nel delineare *quid* e *quomodo*.

Il quadro sin qui tracciato consente di definire il regolamento del *Green New Deal* come una strategia programmatica e non come un sistema regolatorio, poiché manca di qualunque indicazione in ordine ai provvedimenti adatti all'attuazione della normativa³⁰⁵. Allo stesso tempo, la regolazione in parola è figlia di una fondamentale presa di consapevolezza con riguardo ai fallimenti del mercato. Emerge, infatti, l'idea della imprescindibilità dell'intervento pubblico “*per correggere l'incapacità dell'attuale sistema economico di evitare o ridurre in modo significativo le esternalità negative che danneggiano la natura*”³⁰⁶

3.1 La mancanza di strumenti di enforcement efficaci nel trattato

Pur riconoscendo il carattere e la portata pionieristica della normativa europea in ambito ambientale, materia in cui, a livello internazionale, non sono mai stati superati i confini nazionali, a causa della resistenza opposta dalla sovranità estera, il regolamento non fornisce strumenti di *enforcement* efficaci per la realizzazione coattiva, in seno agli Stati rimasti inerti, dei piani di attuazione necessari alle finalità cui l'atto stesso vincola l'azione nazionale. In proposito, è da evidenziare l'insufficienza della portata vincolante insita nelle previsioni regolatorie. L'approccio Unionale appare tipico di quella “*amministrazione che fa fare*”³⁰⁷ alle istituzioni nazionali e subnazionali, ma l'obbligo che discende dalla normativa non è cogente, è una torpedine che invita le amministrazioni statali ad agire, senza costringerle a farlo.

L'UE manca di delineare strumenti *ad hoc* sia di *public* che di *private enforcement*. Tali espressioni in relazione alle istituzioni sovranazionali indicano, nel primo caso i mezzi che l'Unione possiede per imprimere il rispetto della normativa unionale agli Stati, nel secondo la facoltà di agire di individui o

³⁰⁴ Art. 7, paragrafo, lettere a) e b). Già l'art. 6 prevede che, comunque, la Commissione debba valutare anche le politiche unionali

³⁰⁵ D. Bevilacqua: “la normativa Europea sul clima e il green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 2/2022, p. 9

³⁰⁶ D. Bevilacqua, *op. cit.*, p. 18

³⁰⁷ D. Bevilacqua, *op. cit.*, p. 17

di imprese ed enti privati nei confronti delle istituzioni Unionali, principalmente per proporre azione di risarcimento danni derivanti dall'inadempimento delle norme a difesa dell'ambiente³⁰⁸.

Sotto l'egida della Commissione che valuta periodicamente l'operato unionale e statale, è previsto che le Amministrazioni nazionali possano essere destinatarie di raccomandazioni inviate dall'istituzione europea, ove essa rilevi mancanza di coerenza o di evoluzione nell'attuazione statale della normativa europea atta al raggiungimento della neutralità climatica. Tali raccomandazioni, però, risultano tutt'altro che vincolanti per lo Stato. Esso è tenuto a chiarire come le terrà in considerazione³⁰⁹, ma può anche motivare la scelta di non darvi seguito³¹⁰. Questa carenza di vincolatività delle norme contenute nella normativa europea, fermo restando il ruolo cardine che l'Unione ha assunto in ottica strategica e di indirizzo, riduce la permeanza delle disposizioni ivi contenute lasciando agli Stati un margine di manovra probabilmente eccessivo. Tuttavia, in proposito serve evidenziare che l'approccio scelto discende da una precisa strategia rivolta a una "transizione graduale" e risulta coerente con la natura programmatoria del regolamento del *Green New Deal*³¹¹. Ciò non toglie, però, che l'*accountability* statale resta sfornita di strumenti vincolanti, mezzi che sicuramente si sarebbero ben conciliati con la difficoltà del processo di transizione ecologica in atto. All'assenza di strumenti di *enforcement* pubblico che consentirebbero all'Europa di indurre coattivamente il rispetto della legge sul clima da parte degli Stati membri, si affianca la mancata previsione anche di mezzi di attivazione di *private enforcement*. Tale assenza non deve però stupire. Il legislatore europeo non si è mai spinto fino al punto di prevedere la facoltà dei privati di proporre dinanzi alla Corte di Giustizia un'azione giurisdizionale rivolta alla difesa dell'interesse pubblico all'ambiente. La Corte, dal canto suo, in questo ambito ha lasciato la parola al legislatore, evitando di arrogarsi il diritto di pronunciarsi a tal riguardo³¹². Il ruolo dei privati nell'ambito del regolamento sul *Green New Deal* si rivela, da una prospettiva diversa, comunque fondamentale. L'art. 9 del regolamento esordisce asserendo che "*la Commissione coinvolge tutte le componenti sociali per offrire loro la possibilità e investirle della responsabilità di impegnarsi a favore di una transizione giusta ed equa sul piano sociale verso una società climaticamente neutra e resiliente al clima*". Tale disposizione si fa portatrice della necessità di **cooperazione** che va oltre la mera collaborazione richiesta a livello internazionale tra gli Stati, dato l'inevitabile carattere transfrontaliero della sfida climatica, e chiede che si interfaccino e partecipino all'insegna della reciproca solidarietà e responsabilità, i privati e le istituzioni pubbliche. Questa impronta collaborativa mira

³⁰⁸ F. Munari, *Public e private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, Convegni annuali e interinali AISDUE, 1 gennaio 2023

³⁰⁹ Art. 7, comma 3, lettera a) regolamento 30 giugno 2021 n. 1119

³¹⁰ Art. 7, comma 3, lettera b) regolamento 30 giugno 2021 n. 1119

³¹¹ D. Bevilacqua, *op. cit.*, p. 29

³¹² Francesco Munari, *op. cit.*

all'efficientamento e alla velocizzazione nel raggiungimento dei traguardi vincolanti previsti dal regolamento 2021/1119. Alla luce di tale scopo, il coinvolgimento di tutte le parti sociali risulta proficuo per tracciare un quadro il più possibile completo sulle “*migliori pratiche e le azioni*”³¹³ da mettere in campo, per la ricerca delle quali la Commissione è legittimata a usufruire di consultazioni pubbliche e dialoghi **multilivello** sul clima e sull'energia³¹⁴. Tali previsioni si pongono nell'ottica di accrescere la partecipazione alla luce di una maggiore democraticità³¹⁵ e, dunque, legittimazione degli atti scaturenti dalle procedure di dialogo in materia di tutela ambientale e lotta ai cambiamenti climatici. I componenti della società civile diventano attori diretti della regolazione preordinata alla transizione ecologica. Così si accresce la responsabilità di tutti nella contribuzione al raggiungimento degli obiettivi auspicati. Il processo di transizione, infatti, non può prescindere dal coinvolgimento della società tutta al di là del ruolo delle istituzioni, in quanto ognuno è chiamato ad adattare, e quindi modificare, il proprio comportamento in modo che risulti coerente con il fine ultimo prefissato³¹⁶. Da ciò risulta che i privati, partecipanti in forma singola o associata, contribuiscono direttamente alla definizione delle misure di tutela ambientale alla relativa regolamentazione e, contemporaneamente, condizionano il processo di transizione ecologica dall'interno, data la rilevanza delle scelte quotidiane³¹⁷³¹⁸.

In ultimo si deve considerare, alla luce del ruolo primario che sta via via assumendo l'obiettivo della transizione ecologica in seno alla politica e alla legislazione sovranazionale e dell'imprescindibilità

³¹³ Art. 9, paragrafo 1, secondo periodo, regolamento 1119/2021

³¹⁴ Tali istituti sono realizzati dagli stati secondo quanto disposto dagli artt. 10 e 11 del regolamento 2018/1999 Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima. L'art 10 regola il procedimento di consultazione pubbliche e prevede che al pubblico sia offerta tempestivamente l'opportunità di partecipare alla redazione dei piani nazionali integrati per clima ed energia. La consultazione deve essere svolta all'insegna della trasparenza, in quanto lo stato è tenuto ad informare il pubblico, limitando la complessità amministrativa che sottende alla procedura e deve trasmettere i documenti figli delle consultazioni alla commissione UE con, in allegato, una sintesi delle osservazioni raccolte. L'art 11 si occupa, invece, del procedimento legato al dialogo multilivello. Esso stabilisce che i soggetti interessati, nonché le autorità locali e le organizzazioni della società civile, possano partecipare attivamente alla discussione in materia di clima ed energia anche nell'ottica di un riesame dei progressi. Nell'ambito di tale dialogo possono essere discussi i piani nazionali integrati di energia e clima.

³¹⁵ La normativa cerca di combinare nella maniera più efficace possibile pratiche di tipo top down con quelle bottom up. Per un approfondimento sul tema si segnalano: A. Di Martino, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2022, p. 363; M. Castellani e A. Formentini, *Il PNRR e l'approccio strategico per la competitività dei sistemi innovativi locali*, *Azienditalia*, 10/2021, p. 1581

³¹⁶ Quello della neutralità climatica entro il 2050

³¹⁷ Tanto è importante il comportamento dei singoli nell'ottica del raggiungimento “dell'impatto zero”, che la direttiva direttiva (UE) 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente, che prevede che gli stati membri adottino misure volte a informare i consumatori e a incentivarli ad adottare un comportamento responsabile al fine di ridurre la dispersione dei rifiuti derivanti dai prodotti contemplati dalla stessa direttiva.

³¹⁸ D. Bevilacqua, *op. cit.*, pp. 27-28

dell'integrazione della normazione ambientale in tutte le altre politiche economiche³¹⁹, la necessità di contemperare il tema in oggetto con un altro caposaldo della disciplina europea che la trasversalità della materia ambientale impone, quello della concorrenza.

3.2 Il rapporto tra *antitrust* e ambiente ai tempi del *Green Deal*

La disciplina della concorrenza, anche denominata diritto *antitrust*, costituisce da sempre il punto focale dell'azione unionale, sin dagli albori incentrata e orientata alla creazione di un mercato unico europeo in grado di funzionare in base alle regole del mercato concorrenziale. Nella trattazione del tema emerge subito la difficoltà di conciliare le logiche concorrenziali, ispirate alla massima partecipazione degli operatori al mercato e quindi a un'esasperata produzione di beni al fine di consentire al consumatore di scegliere quelli con il miglior rapporto qualità/prezzo, con il carattere scarso delle risorse naturali, la cui protezione risulta fondamentale nell'ottica del perseguimento di uno sviluppo improntato alla sostenibilità³²⁰.

Sin dalla comunicazione contenente il *Green Deal* Europeo, nel 2019, la Commissione aveva previsto una rivisitazione della normativa in materia di aiuti di Stato così da renderla coerente con la priorità politica assegnata alla concretizzazione del processo di transizione ecologica. La disciplina sulla concorrenza e, nell'ambito di questa, la norma sugli aiuti di Stato³²¹, può risultare fondamentale per il conseguimento della neutralità climatica ma è da rimodulare alla luce dell'obiettivo stesso. Gli Stati, infatti, in qualità di regolatori pubblici e soprattutto in considerazione dei poteri di intrusione consentiti agli stessi dal Green New Deal³²², sono in grado di condizionare l'attività del mercato³²³. L'orientamento attuale della Commissione Europea propende per una valutazione positiva di compatibilità³²⁴ di quegli aiuti rivolti a una serie di finalità afferenti alla materia ambientale, individuate dalla Commissione stessa³²⁵. La valutazione positiva è, però, subordinata a determinate condizioni che attengono alla corretta individuazione dell'attività economica agevolata e degli effetti positivi che l'aiuto reca complessivamente alla società, verificando la mancanza di finalità o risultati

³¹⁹ Il principio di integrazione è sancito nell'alveo dei trattati dall'art 11 TFUE ma è ribadito anche dal Green Deal Europeo, comunicazione commissione 2019

³²⁰ ricordare definizione rapporto Brundtland

³²¹ Art. 107 TFUE

³²² Regolamento n. 1119 del 2021

³²³ A. Moliterni, *Antitrust e ambiente ai tempi del green deal: il caso dei sustainable agreements*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2021, p. 3

³²⁴ la normativa sugli aiuti di stato del trattato FUE prevede il potere della commissione di valutare un aiuto di stato e verificare che sia conforma o meno ai dettami europei

³²⁵ *inter alia*: (a) aiuti per la riduzione e l'eliminazione delle emissioni di gas a effetto serra, anche attraverso il sostegno a favore delle energie rinnovabili; (b) aiuti per il miglioramento delle prestazioni energetiche e ambientali degli edifici; (c) aiuti per l'acquisto e il leasing di veicoli da trasporto puliti (utilizzati per il trasporto aereo, stradale, ferroviario, marittimo, costiero e nelle vie navigabili interne di passeggeri e merci), aiuti per l'ammodernamento dei veicoli da trasporto affinché possano essere considerati veicoli da trasporto puliti e aiuti per attrezzature di servizio pulite; (d) aiuti per la diffusione delle infrastrutture di ricarica o rifornimento di veicoli da trasporto puliti e a emissioni zero;

anticoncorrenziali, la sussistenza di un adeguato grado di trasparenza e di incentivazione alla sostenibilità derivata dall'aiuto apprestato³²⁶. Ancora, con riguardo al rapporto tra concorrenza e ambiente, nel luglio 2022, l'Autorità *antitrust* olandese ha proposto linee guida in materia di “*sustainable agreements*” finalizzate alla “*misurazione del beneficio ambientale*” in modo tale da individuare “*il livello di tollerabilità*” entro cui devono mantenersi pratiche distorsive della concorrenza finalizzate alla salvaguardia ambientale e all'implementazione dell'obiettivo della transizione ecologica³²⁷. Le linee guida dell'Autorità olandese abbracciano un concetto ampio di sostenibilità che consente loro di delineare le caratteristiche di “*accordi sostenibili*”. Nell'ambito di tale nozione rientrano non solo accordi che rispettino pedissequamente la disciplina ambientale senza alcun riflesso negativo sulle norme concorrenziali, ma anche quegli accordi che, a seguito di un'analisi costi-benefici, risultino sostenibili in quanto “*forieri di un beneficio ambientale e sociale superiore al pregiudizio arrecato alla concorrenza*”³²⁸. La portata e la comprova dei benefici ambientali deve essere fornita dalle stesse imprese protagoniste dell'intesa, le quali dovranno munirsi degli appositi studi scientifici su cui si fonda il vantaggio, in termini di sostenibilità, che il loro accordo garantisce. Le linee guida in parola, quindi, accettano che i consumatori subiscano un pregiudizio, contenuto nell'alveo dei livelli di tollerabilità definiti, al fine di perseguire un obiettivo prioritario qual è quello della salvaguardia ambientale, qui connessa principalmente alla riduzione dello sfruttamento delle materie prime e delle emissioni inquinanti, legato a un vantaggio più ampio in termini di beneficiari, che corrisponde alla società civile³²⁹.

La rimodulazione della disciplina *antitrust* e delle sue finalità, che non ineriscono più solamente alla formazione del mercato unico e al rispetto delle regole connesse, ma si integra *in toto* con gli obiettivi connessi alla sfida verde, risulta del tutto coerente con le difficoltà di perseguimento degli obiettivi auspicati in ambito ambientale ma, allo stesso tempo, pone alcuni problemi con riguardo al ruolo delle Autorità *antitrust* nazionali. È indiscutibile, infatti, che nell'ambito della valutazione della meritevolezza della restrizione o distorsione concorrenziale in favore di risultati ecologici, l'Autorità in parola si spinga oltre le sue competenze tradizionali per entrare nell'alveo di considerazioni politiche. Tale compito potrebbe minare alla sua indipendenza dalle forze politiche e dal governo. In quest'ottica potrebbe forse risultare funzionale un coinvolgimento *ex ante* dell'Autorità politica, in

³²⁶ Per un approfondimento sul tema si veda N. Spadaro, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico*, in Rivista della Regolazione dei mercati, Fascicolo 2/2021

³²⁷ A. Molitermi, *op. cit.*, p. 4

³²⁸ A. Molitermi, *op. cit.* richiama tale assunto della Sezione 5 delle Guidelines su Sustainability agreements with benefits that offset restrictions of competition, nota 33

³²⁹ ciò non toglie che, in caso di mancata produzione del beneficio ambientale, sarà comunque dovuto un indennizzo ai consumatori interessati ai beni oggetto della produzione delle imprese protagoniste dell'accordo

persona del Ministero dell'ambiente e della transizione ecologica che, se chiamato a esprimere un parere, accrescerebbe la legittimazione della seguente decisione in capo all'Autorità, senza comprometterne eccessivamente l'indipendenza³³⁰.

Al di là di ogni considerazione sulla meritevolezza sociale e ambientale di flessione della disciplina concorrenziale e sulla legittimità del pregiudizio arrecato ai consumatori in favore del perseguimento di obiettivi legati alla transizione ecologica, che saranno oggetto di valutazione caso per caso nelle modalità stabilite *ex lege*, risulta evidente l'importanza dell'integrazione della disciplina ambientale in seno a quella concorrenziale, alla base delle politiche economiche Unionali e nazionali.

Nel prossimo capitolo, in un'ottica di continuità con riferimento sia al tema che al legame tra legislazione nazionale e sovranazionale, si tratterà dell'*enforcement* in materia di danno concorrenziale.

³³⁰ A. Molitermi, *op. cit.*, p. 10

CAPITOLO II – L'enforcement antitrust

Sommario: **1. Il danno da illecito *antitrust* e la tutela del bene “concorrenza”**; 1.1 L'illecito *antitrust* come grave errore professionale: la situazione italiana e la giurisprudenza della CGUE; 1.2 Il danno da perdita di *chance*; 1.2.1 Il *private enforcement* per mancata O.P.A.; 1.3 La nullità dei contratti di fideiussione *omnibus* a valle di un'intesa anticoncorrenziale; **2. Il *public enforcement antitrust*: l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato**; 2.1 Le sanzioni *antitrust*; 2.1.1 Il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni *antitrust*; 2.1.2 Un'eccezione all'irrogazione delle sanzioni: i programmi di clemenza; 2.1.3 Le penalità di mora; 2.1.4 La non-responsabilità delle persone fisiche; **3. La direttiva 2014/104/UE e il suo recepimento**; 3.1 La legittimazione ad agire nelle azioni di *private enforcement*; 3.2 Le azioni *follow-on* e *stand-alone*; 3.2.1 La prescrizione e il momento percettivo del danno; 3.2.2.1 L'istituto degli impegni e le azioni di *private enforcement*; 3.2.3 Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche dell'AGCM; **4. Gli aiuti di Stato, la disciplina europea contro distorsioni concorrenziali**; 4.1 L'art. 107 TFUE: divieto generale e specifiche deroghe; 4.2 Il *public enforcement* e l'egemonia della Commissione europea; **5. Uno sguardo extraeuropeo: la legislazione antitrust negli Stati Uniti**; 5.1 Lo *Sherman Antitrust Act*; 5.2 Una disciplina europea con prospettive di regolazione internazionale, il *Digital Market Act*.

1 Il danno da illecito antitrust e la tutela del bene “Concorrenza”

La “concorrenza” rimanda a una situazione di mercato connotata da un'ampia libertà di accesso all'esercizio dell'attività di impresa, che si traduce nella messa a disposizione di una vasta possibilità di scelta per il consumatore³³¹.

La nozione di concorrenza è stata nel tempo diversamente delineata da parte degli economisti. Quelli classici sostenevano che fosse la “*libera azione dell'interesse individuale*”³³². A ogni modo, un assetto concorrenziale nel mercato reca come imprescindibile conseguenza la sussistenza di posizioni antagoniste e rivali di ogni agente economico rispetto all'altro.

L'interesse a un assetto concorrenziale del mercato si sostanzia in un valore di portata sovranazionale e in un obiettivo primario nell'ambito dei trattati istitutivi della comunità europea. Questi ultimi, infatti, hanno sin da subito espresso il desiderio di cimentarsi nella creazione di un mercato unico e aperto, che garantisse il rispetto delle regole concorrenziali.

La concorrenza è basilare per il perseguimento di tale apertura, stimola lo spirito imprenditoriale e promuove un costante miglioramento nel rapporto qualità/prezzo dei prodotti offerti dal mercato stesso ai consumatori, induce a un assiduo processo di innovazione e funge anche da impulso alla

³³¹ Concorrenza. Diritto Commerciale: Treccani, enciclopedia online: <https://www.treccani.it/enciclopedia/concorrenza-diritto-commerciale>

³³² Palgrave's dictionary of political economy, voce “competition and custom”, MacMilan Press, London, 1925, p. 376-380. Richiamo inserito nella nota n. 2 di G. Paramithiotti: “l'evoluzione del concetto di concorrenza nella scienza economica”, in *Politico*, vol. 59, 1994 (gennaio-marzo), p. 38: <https://www.jstor.org/stable/43101469?seq=2>

competitività a livello non solo comunitario, ma anche mondiale. A tutela di questo interesse, l'Unione Europea si premura di predisporre una disciplina *ad hoc* che scongiuri alterazioni al bene "concorrenza" perpetrate con pratiche scorrette all'interno degli Stati membri. I trattati dell'Unione pongono norme volte a evitare che la parità di condizioni garantita dalle dinamiche concorrenziali sia lesa da attività anticoncorrenziali che ostino alla concretizzazione dei dettami unionali in materia. *Ex art. 3*³³³ del Trattato dell'Unione Europea (TUE), l'UE sancisce la creazione di un mercato interno e rivolge il suo impegno alla realizzazione di uno sviluppo sostenibile che sia, però, basato su "*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*". Tale strutturazione garantisce quella dinamicità necessaria a raggiungere, almeno in ottica programmatica, una piena occupazione e un penetrante progresso socio-tecnologico rivolto all'accrescimento della qualità della vita di ogni cittadino europeo, oltre che alla tutela dell'ambiente, di cui si è ampiamente discusso in precedenza³³⁴.

L'esplicazione della disciplina concorrenziale si estende nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), il quale intitola il Titolo VII, capo I, "*regole di concorrenza*". La sezione I di tale capo è rubricata "*regole applicabili alle imprese*". Ivi, l'art. 101 pone il divieto generale di accordi restrittivi della concorrenza³³⁵, sussistenti ogni qual volta le imprese decidano di non correre i rischi tipici del gioco concorrenziale e formulino un patto che abbia per oggetto, o comunque, per effetto quello di alterare l'equilibrio concorrenziale. Le intese restrittive, come sancisce l'art. 101 al paragrafo 2, "*sono nulle di pieno diritto*".

Ciò posto, è evidente che le evoluzioni del mercato impongano una costante revisione della disciplina al fine di adeguarla ai cambiamenti. La Commissione Europea si occupa dell'analisi dell'attualità della disciplina attraverso i cosiddetti regolamenti di esenzione, che limitano l'ambito applicativo dell'art. 101 dichiarando la liceità di alcuni tipi di pratiche, altrimenti in contrasto con la disposizione del TFUE. A conferma di ciò può essere citato il regolamento della Commissione del 10 maggio 2022, n. 720, con cui si rivede l'applicazione del paragrafo 3 dell'art. 101 in merito a determinate categorie di accordi verticali e pratiche concordate.

³³³ Prima era art. 2 TUE

³³⁴ Si veda Capitolo I

³³⁵ Con riguardo all'individuazione di intese anticoncorrenziali e alla loro natura, si vedano, *ex multis*, CGUE, terza sezione, 13 luglio 2006, ECLI:EU:C:2006:461, sulle cause riunite da C-295/04 a C-298/04; Tribunale dell'Unione europea, ottava sezione, 9 dicembre 2014 ECLI:EU:T:2014:1035, causa T-90/10; Tribunale dell'Unione Europea, terza sezione ampliata, 28 marzo 2019, ECLI:EU:T:2019:201, nella causa T- 433/16 ove si richiama costante giurisprudenza della Corte dicendo che: "il criterio giuridico essenziale per determinare se un accordo comporti una restrizione della concorrenza per oggetto risiede nel rilievo che un simile accordo presenta, di per sé, un grado di dannosità per la concorrenza sufficiente per ritenere che non sia necessario individuarne gli effetti", punto 275.

Con riguardo alla giurisprudenza nazionale Italiana, si vedano, *ex multis*, recenti sentenze del Consiglio di Stato: Consiglio di Stato, Sez. VI, del 27 gennaio 2023, n. 941; Consiglio di Stato, Sez. VI, del 20 gennaio 2023, n. 691

La nullità sancita dall'art. 101, in ogni caso, pur conseguendo a ogni accordo che abbia esplicitamente come oggetto quello di falsare la concorrenza, non travolge accordi che si sostanzino in partecchie cooperative tra piccole e medie imprese e che abbiano un impatto tanto minimo sul mercato, tale da essere trascurabile³³⁶.

La disciplina a tutela della concorrenza prosegue con l'art. 102 TFUE che, contenuto nella stessa Sezione 1 dell'art. 101, statuisce la proibizione di uno sfruttamento abusivo di posizione dominante nel mercato. Tale disposizione statuisce il divieto di chi si trovi in posizione di forza in un determinato ambito del mercato, una posizione che non è di per sé illecita anzi, è l'auspicio di ogni operatore che entri in gioco in un mercato aperto alla libera concorrenza, di abusare della stessa a scapito di quelli più deboli e, soprattutto, dei consumatori. La forza economica dell'operatore che si trovi in questa situazione, gli consente di operare quasi al di fuori delle regole del mercato e agire come se non potesse essere lesa dai potenziali rischi concorrenziali. La posizione dominante, infatti, riguarda il mercato interno o una porzione sostanziale dello stesso³³⁷ e consente all'operatore che la ricopre di agire indipendentemente da *competitors* e consumatori.

Altra disposizione rilevante del TFUE in materia di concorrenza è l'art. 107, che apre la Sezione 2 del Capo I del titolo VII del trattato, rubricata "*aiuti concessi dagli Stati*". L'art. 107 sancisce in via generale il divieto di aiuti di Stato, in quanto idonei a falsare o minacciare un'alterazione della concorrenza nel mercato interno.

La stessa disposizione prevede una serie di eccezioni al divieto statuito. Al di fuori di queste ultime, tutti gli aiuti che gli Stati membri vogliono concedere devono passare previamente al vaglio della Commissione europea, che ne valuta la compatibilità con la disciplina comunitaria e, eventualmente, ne ammette la devoluzione in deroga al trattato.

Anche in questo caso vale la necessità di rivedere e aggiornare la disciplina in questione alla luce delle sopravvenienze di fatto che modificano le condizioni originarie in base alle quali è stata disposta la disciplina del TFUE. La Commissione, infatti, ha ultimamente molto revisionato la disciplina degli Aiuti di Stato adeguandola agli obiettivi legati alla transizione ecologica³³⁸.

³³⁶ Il principio del "*de minimis*" espresso a proposito dell'applicazione dell'art 101 TFUE dalla comunicazione della Commissione del 30 agosto del 2014, sul C-291/01, Comunicazione della Commissione europea 2014/C-291/01, *comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinino restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea* («comunicazione de minimis»)

³³⁷ Sulla definizione del mercato rilevante si veda: Comunicazione della Commissione, 9 dicembre 1997, 97/C 372/03, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza.

³³⁸ Tra gli interventi della Commissione in materia di Aiuti di Stato si ricordano: la disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia: comunicazione della Commissione europea, 18 febbraio 2022, 2022/C 80/01, la comunicazione riveduta sulle norme in materia di aiuti di Stato per importanti progetti di comune interesse europeo (comunicazione IPCEI: C(2021) 8481 final, 25 novembre 2021) e i nuovi orientamenti sugli aiuti di Stato

Un precedente, anche se provvisorio, intervento aveva riguardato la materia degli Aiuti di Stato nel periodo della pandemia da SarsCov-19.

Ad affiancare le norme del trattato sono intervenute norme di attuazione volte ad ampliare e concretizzare la disciplina in materia concorrenziale. A tale proposito, è risultato di fondamentale importanza il regolamento n. 1 del 2003³³⁹, atto a scongiurare distorsioni della concorrenza nel mercato comune, apponendo strumenti efficaci e controlli pervasivi realizzati dal *dominus* della disciplina *antitrust*, la Commissione Europea. Questa è abilitata a porre in essere ogni misura, comportamentale o strutturale, necessaria a rimediare all'infrazione rilevata in ambito concorrenziale, sempre in ossequio al principio della proporzionalità³⁴⁰.

Il regolamento 2003/1/CE stabilisce all'art. 6 che la Commissione sarà provvista di ogni potere previsto all'interno dello stesso testo regolamentare per l'applicazione di quelli che oggi sono gli artt. 101 e 102 TFUE.

Come già detto, inoltre, è la Commissione a valutare la possibile sottrazione al regime del divieto previsto dall'art. 107 TFUE, per gli Aiuti di Stato, previa richiesta degli Stati membri.

Data la posizione predominante di tale istituzione in materia di concorrenza, essa è legittimata ad avviare direttamente procedimenti rivolti all'accertamento e al rimedio alla rilevata infrazione della disciplina pro concorrenziale. Questa prerogativa è previsto sia attuata in collaborazione con le Autorità garanti della Concorrenza negli Stati membri³⁴¹. Autorità e Commissione Europea cooperano all'interno della cosiddetta rete europea per la concorrenza, composta da una fitta sequela di autorità operanti all'insegna del coordinamento e dello scambio di informazioni rilevanti, per riuscire nel compito di controllare l'andamento del mercato, rilevare e accertare eventuali violazioni idonee a falsare il gioco concorrenziale, sanzionare gli operatori che si rendono colpevoli di condotte illecite ai sensi della normativa *antitrust*. Tale rete nacque in seno al regolamento del 2003 ed è stata rafforzata con un efficientamento del ruolo delle autorità *antitrust* nazionali tramite la direttiva n. 1 del 2019³⁴². Quest'ultimo intervento conferma la primarietà dell'interesse sovranazionale al

destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio: Comunicazione della Commissione europea, 16 dicembre 2021, 2021/C 508/01.

³³⁹ Regolamento del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE (prima artt. 81 e 82 TCE)

³⁴⁰ Considerando 12 del Regolamento 2003/1/CE del consiglio, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato (testo rilevante ai fini SEE). Nel prosieguo, il regolamento enuclea ulteriori poteri appannaggio della suddetta istituzione dell'Unione europea: quello di valutare impegni presi dalle imprese sotto controllo per la possibile pattuizione di un'intesa anticoncorrenziale e di esprimersi tramite una decisione (considerando 13);

³⁴¹ In Italia, l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato viene istituita dall'art. 10 della L. 10 ottobre 1990 n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato

³⁴² Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, n. 1/2019, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il funzionamento del mercato interno

mantenimento di un corretto assetto concorrenziale nel mercato unico europeo, prevenendo e scongiurando ogni tipo di distorsione, attraverso una rete di controlli efficace.

Va evidenziato, comunque, che la concorrenza non è un valore fine a se stesso, ma uno strumento fondamentale nato per incentivare il progresso sociale, economico, tecnologico, all'insegna del miglioramento della qualità della vita dei cittadini non solo in quanto consumatori dei beni offerti dal mercato, ma anche in quanto protagonisti della produzione, in qualità di lavoratori delle imprese sorte proprio grazie alla creazione di un mercato che tende verso la concorrenza perfetta³⁴³. La crescita qualitativa delle condizioni di vita non deriva solo dalla sempre maggiore convenienza dei prodotti offerti con riguardo al rapporto qualità/prezzo, ma anche dalla creazione nuovi posti di lavoro da parte delle attività imprenditoriali, che così contribuiscono alla riduzione del livello di disoccupazione. Tali valori finali sarebbero messi a rischio ove non venisse previamente tutelata la rivalità tra gli imprenditori nel mercato.

L'interesse alla tutela della concorrenza, quale valore di portata sovranazionale, porta inevitabilmente con sé la necessità di regolare i casi in cui l'infrazione della disciplina pro concorrenziale conduca alla produzione di un danno ingiusto, danno derivato appunto da un comportamento illecito, poiché contrario ai dettami della normativa *antitrust*.

Il danno da illecito anticoncorrenziale si sostanzia in una lesione della sfera giuridica soggettiva derivante dal comportamento di un terzo che violi la disciplina posta a tutela della concorrenza. Chi subisce il danno ha il diritto soggettivo al risarcimento dello stesso, da quantificarsi in forza delle norme sovranazionali o, in mancanza di queste, della disciplina nazionale che si premuri di essere coerente con il principio di equivalenza ed efficienza. Il primo impone di delineare una normativa che non risulti meno favorevole rispetto a quella disposta per azioni di risarcimento di danni diversi; il secondo, invece, comporta la necessità di non rendere eccessivamente ardua né gravosa per il soggetto leso la tutela della sua posizione giuridica.

La modalità di quantificazione, quindi, se non stabilita dal diritto UE deve seguire la normativa nazionale a patto che le condizioni previste per il risarcimento non siano meno favorevoli rispetto a quelle previste per azioni di risarcimento di altri tipi di danno, per il principio di equivalenza né rendano eccessivamente gravoso per il ricorrente pervenire alla tutela della sua posizione giuridica. Il principio di equivalenza e quello di effettività, in tal senso, sono oggi statuiti dal considerando n.

³⁴³ L'idea di concorrenza perfetta è elaborata in microeconomia e indica una condizione di mercato in cui l'equilibrio di mercato dato dall'incontro dell'offerta di determinati prodotti da parte delle imprese operanti nel settore economico di riferimento, con la domanda degli stessi da parte dei consumatori, non possa essere influenzato da nessun imprenditore nel mercato. Tale idea si va via via evolvendo e, oggi, si lega alla libertà economica. Sul tema, si veda: M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contratto e Impresa*, 4/2019, p. 1255.

46 della direttiva 2014/104/UE³⁴⁴. La norma viene ripresa all'interno dell'art. 17³⁴⁵ della stessa direttiva, rubricato “*quantificazione del danno*”, il quale onera lo Stato membro a non rendere oggettivamente impossibile l'esercizio del diritto al risarcimento onerando l'attore di un onere probatorio, anche in considerazione del grado di rilevanza della prova richiesta, che leda l'efficacia del diritto previsto. Ai fini di una facilitazione nella quantificazione, il paragrafo 3 dell'art. 17 impone agli Stati di prevedere la facoltà dell'Autorità nazionale garante della concorrenza di cooperare con l'autorità giudiziaria, ove consideri appropriato questo tipo di assistenza.

La quantificazione del danno subito deve essere posta in relazione al disposto dell'art. 3 della direttiva, il quale statuisce che il soggetto leso debba ricevere un “*pieno risarcimento*” che non comprenda quindi solo il danno emergente, che tende a ripristinare lo *status quo ante* in cui versava il soggetto prima della commissione dell'illecito che gli ha provocato il danno, ma anche il lucro cessante, volto a compensare la mancata percezione di vantaggi a causa del mutamento circostanziale causato dall'illecito, nonché gli interessi maturati³⁴⁶.

Come si evince da quanto detto finora, il diritto soggettivo al risarcimento del danno è sancito già a livello di legislazione unionale, motivo per cui gli Stati membri che non dovessero rispettare i dettami sovranazionale sarebbero esposti alla responsabilità.

La direttiva 2014/104 si inserisce direttamente nell'ambito dei rapporti tra privati, attribuendo ai singoli un diritto in via immediata, senza che sia necessario il recepimento nazionale. Tale fenomeno risulta sussistere nei casi in cui direttive comunitarie siano dotate di quelli che vengono detti “effetti diretti”, ossia effetti che si propagano negli ordinamenti nazionali anche prima del formale recepimento dell'atto legislativo europeo attraverso atti legislativi interni³⁴⁷. Allo stesso modo, la responsabilità dello Stato può essere invocata qualora le giurisdizionali nazionali in ultimo grado

³⁴⁴ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 dicembre 2014 n. 104, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, considerando n.46

³⁴⁵ L'art. 17 della direttiva 2014/104/UE è posto all'interno del capo V, intitolato “quantificazione del danno”

³⁴⁶ Il diritto soggettivo al pieno risarcimento è disposto ex art. 3 della Direttiva 2014/104/UE, situato nel capo I della direttiva “oggetto, ambito di applicazione e definizioni”. Lo stesso art., però, al suo paragrafo 3 impone di scongiurare che il pieno risarcimento conduca a una sovracompensazione rispetto all'entità del danno che derivi da “risarcimento punitivo, multiplo o di altra natura”.

La CGUE, nella sentenza, seconda sezione, 16 febbraio 2023, ECLI:EU:C:2023:99, sulla causa C-312/21, ha affermato che il diritto al risarcimento non coinvolge solo il danno emergente ma anche lucro cessante, oltre al pagamento degli interessi, punto 34 della pronuncia ove si richiama il punto 95 della precedente sentenza del 13 luglio 2006, ECLI:EU:C:2006:461 decisione sulle cause riunite da C-295/04 a C-298/04.

La pronuncia del 2023 in parola verteva sull'interpretazione dell'art. 101 TFUE e art. 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2014/104/UE in relazione alla previsione Spagnola di sopportazione delle spese processuali in capo al soggetto leso. La Corte ha stabilito che la normativa nazionale fosse conforme al diritto UE, salvo il caso di comportamento abusivo, qualora il soggetto leso avesse ottenuto un accoglimento solo parziale della sua domanda. In tal caso, a dire della Corte, è perfettamente legittimo che su ogni parte gravi la metà delle spese.

³⁴⁷ La teoria degli effetti diretti nasce a partire dalla sentenza della Corte di giustizia europea del 5 febbraio 1963, sulla causa C- 26/62. Nella sentenza Van Duyn del 4 dicembre 1974 sulla causa C-41/74, la Corte stabilisce che le norme di una direttiva siano dotate di efficacia diretta nel caso in cui rechino le caratteristiche di disposizioni chiare, precise e incondizionate.

manchino di assicurare l'efficacia dovuta, nell'ambito delle proprie competenze, alle norme unionali, danneggiando i singoli titolari di un diritto direttamente derivante dalla sfera comunitaria³⁴⁸.

È evidente che il diritto al risarcimento del danno non può non discendere direttamente dalla normativa posta a tutela della concorrenza, pena la perdita di efficacia delle norme del trattato.

Già prima della Direttiva 2014/104, con riguardo alle norme del Trattato della Comunità Europea(TCE), artt. 81 e 82, che corrispondono agli odierni 101 e 102 TFUE, la Corte di giustizia comunitaria ha più volte deciso in ordine al diritto al risarcimento del danno subito come conseguenza di un comportamento anticoncorrenziale. Il diritto suddetto, infatti, prima dell'emanazione della direttiva del 2014, è stato particolarmente difficile da far valere. Già nel 2001 la Corte di Giustizia aveva stabilito che le norme del trattato sarebbero state inefficaci e prive di forza dissuasiva, qualora il soggetto leso da un'attività idonea a falsare il gioco concorrenziale non fosse titolare del diritto al risarcimento del danno³⁴⁹.

Il filone giurisprudenziale qui inaugurato prosegue con la cosiddetta sentenza Manfredi³⁵⁰ ove si asserisce che i giudici nazionali devono tutelare i diritti attribuiti in via immediata ai singoli dagli artt. 81 e 82 TCE (oggi 101 e 102 TFUE), così salvaguardando anche la piena efficacia delle norme di diritto comunitario primario. Ognuno, quindi, anche prima dell'avvento della direttiva 2014/104, poteva vantare il diritto al risarcimento del danno subito a seguito di un illecito antitrust che coincidesse con un'intesa anticoncorrenziale o con qualsiasi altra pratica idonea a falsare il gioco in questione³⁵¹.

Il diritto al risarcimento del danno, però, non deriva solo dal compimento di una condotta illecita ai sensi dell'art 101 TFUE, ma sussiste anche qualora il convenuto abbia posto in essere la fattispecie disciplinata dall'art 102 TFUE che vieta l'abuso di posizione dominante. Nella sentenza sulla causa C-637/17, infatti, nel pronunciarsi su un caso cui non poteva ancora applicarsi la direttiva 2014/104 per via di un ritardo nell'implementazione della stessa, la CGUE statui che l'art 102 TFUE attribuisce direttamente diritti soggettivi ai singoli, diritti che i giudici nazionali sono chiamati a salvaguardare³⁵².

³⁴⁸ In tal senso, *ex multis*, CGUE sentenza 9 marzo 1978, sulla causa C- 107/77, sentenza 19 giugno 1990 sulla causa C- 213/89; CGUE, Seconda sezione, 4 marzo 2020, ECLI:EU:C:2020:148, sulla causa C-34/19, punti 67 e 68; CGUE, nona sezione, 7 luglio 2022, ECLI:EU:C:2022:534, sulla causa C-261/21

³⁴⁹ Tale statuizione è già contenuta nella sentenza della CGUE, 20 settembre 2001, ECLI:EU:C:2001:465, sulla causa C-453/99. La pronuncia si fonda, tra le altre cose, sul principio generale già espresso nella sentenza del 7 febbraio 1973, sulla causa C-39/72, per il quale si deve scongiurare l'eventualità che un soggetto possa trarre vantaggio da un comportamento illecito di cui si è reso colpevole e che sia stato accertato.

³⁵⁰ CGUE, 13 luglio 2006, ECLI:EU:C:2006:461, sulle cause riunite C-295/04 a C-298/04 (Manfredi)

³⁵¹ Sentenza Manfredi, punti 60 e 61. Al punto 26 si richiama giurisprudenza costante inerente alla tutela dell'effettività dell'art. 81 TCE (oggi 101 TFUE), ossia le sentenze: CGUE, 30 gennaio 1974, ECLI:EU:C:1974:25, sulla causa C-127/73, punto 16; CGUE, sesta sezione, 18 marzo 1997 ECLI:EU:C:1997:280, sulla causa C-285/95; 20 settembre 2001 ECLI:EU:C:2001:465, sulla causa C-453/99

³⁵² CGUE, seconda sezione, 28 marzo 2019, ECLI:EU:C:2019:263, sulla causa C-637/17, punto 28, come già stabilito da CGUE, quinta sezione, 5 giugno 2014, ECLI:EU:C.2014:1317, sulla causa C-557/12

Ciò posto, dunque, chi subisca un danno eziologicamente legato a un abuso della propria posizione dominante ha diritto a richiedere il risarcimento del danno in forza di norme che, se assenti a livello comunitario, siano previste in ambito nazionale e che siano coerenti con i principi di effettività ed equivalenza in modo da non pregiudicare mai un'applicazione efficace dell'art 102 TFUE³⁵³.

Da quanto detto, si evince che la tutela della posizione giuridica soggettiva lesa da un comportamento illecito in forza delle norme poste a tutela del gioco concorrenziale in seno al mercato unico europeo trova nel diritto al risarcimento del danno subito un suo compimento già prima dell'emanazione della direttiva 2014/104, in ragione delle necessità su evidenziate inerenti, in particolare, all'efficacia delle norme primarie poste a salvaguardia della concorrenza.

Un ultimo punto da affrontare con riguardo al danno da illecito antitrust riguarda la decorrenza dei termini prescrizionali entro cui esperire l'azione per il suo risarcimento. La Suprema corte di Cassazione lo annovera all'interno della categoria dei danni lungolatenti, ossia quei peculiari tipi di lesioni che, nonostante prodotti, manchino di manifestarsi per un periodo di tempo anche apprezzabilmente esteso. Pertanto, il *dies a quo* da cui decorre la prescrizione inerente alla pretesa risarcitoria deve coincidere con il momento in cui il danno si è manifestato, o con quello in cui il soggetto leso venga a conoscenza del danno ingiusto subito³⁵⁴. L'art 10 della direttiva 2014/104, infatti, stabilisce che la prescrizione non possa decorrere prima che la violazione della disciplina sulla concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia venuto a conoscenza, una conoscenza effettiva o ragionevolmente presunta, della violazione, di aver subito un danno ingiusto e dell'autore della condotta illecita.

La conoscenza del danno deriva dal ricevimento di informazioni a proposito della formazione del danno, ma può essere presunta ragionevolmente in base al parametro dell'ordinaria diligenza. Ciò, a dire della Corte di Cassazione, rende ragionevole ritenere che la conoscenza sia pervenuta nel momento in cui l'autorità garante della Concorrenza e del Mercato avvia l'istruttoria³⁵⁵, poiché si presume che l'impresa danneggiata verifichi i procedimenti in essere nei confronti di operatori economici concorrenti che mirano a escludere la prima dal mercato di riferimento.

³⁵³ Con riguardo alla sentenza 5 giugno 2014, si vedano in particolare i punti da 21 a 25.

³⁵⁴ In proposito la Corte di Cassazione Civile, Sez. I, nella sentenza del 3 aprile 2020 n. 7677, afferma che: “nell'illecito antitrust, i danni causati dai comportamenti anticoncorrenziali presentano, con riguardo all'individuazione del momento a partire dal quale la prescrizione inizia a decorrere, un possibile intervallo temporale tra quello in cui la condotta illecita viene posta in essere e quello in cui il danneggiato percepisce di aver subito, per effetto di essa, un danno ingiusto, o a causa del carattere segreto delle intese restrittive della concorrenza o a causa dell'oggettiva complessità della percezione dell'abuso di posizione dominante, soprattutto in materia di prezzi. Si parla infatti, a tal proposito, di lungolatenza del danno da illecito antitrust.”

³⁵⁵ Corte di Cassazione civile, Sez. I, 19 ottobre 2022, n. 30783, la Corte di Cassazione afferma che il *dies a quo* della prescrizione può coincidere con l'avvio dell'istruttoria da parte dell'AGCM in quanto si presume che l'impresa danneggiata, con l'utilizzo dell'ordinaria diligenza, si preoccupi di verificare i procedimenti a carico di imprese concorrenti che mirano a eliminarla dal mercato di riferimento.

Ciò posto, si andrà ora ad analizzare brevemente la rilevanza dell'illecito antitrust nella disciplina dei contratti pubblici, quale possibile causa di esclusione dalle procedure a evidenza pubblica.

1.1 L'illecito antitrust come grave errore professionale: la situazione italiana e la giurisprudenza della CGUE

Nell'ambito della contrattualistica pubblica e delle procedure di gara finalizzate all'affidamento dei contratti da parte delle stazioni appaltanti, deve prendersi come riferimento una nozione di concorrenza diversa rispetto a quella emersa finora.

La concorrenza afferente al paragrafo precedente può qualificarsi come concorrenza nel mercato, ossia quella caratteristica di spazi già aperti alla libertà di iniziativa economica privata, nei quali bisogna predisporre una disciplina, come quella comunitaria, atta a prevenire e sanzionare comportamenti idonei a infrangere l'equilibrio e falsare il gioco concorrenziale.

La nozione rilevante in materia di appalti pubblici, invece, è quella di concorrenza per il mercato, regolata al fine di rendere accessibili settori chiusi alla libera iniziativa economica anche a imprese operanti in Stati membri diversi da quello in cui viene indetta la gara.

La rilevanza di un comportamento anticoncorrenziale si palesa anche con riguardo alla possibilità di partecipare ai procedimenti a evidenza pubblica rivolti all'aggiudicazione del contratto da parte delle pubbliche amministrazioni, all'operatore economico la cui offerta risulti economicamente più vantaggiosa³⁵⁶.

La giurisprudenza della CGUE non manca di sottolineare la gravità e la profonda disdicevolezza e inopportunità di una condotta contraria alle norme poste a tutela della concorrenza.

Come già evidenziato, si tenta sempre di evitare che l'atteggiamento illecito tenuto da un soggetto possa allo stesso arrecare vantaggi. Di certo la possibilità di partecipare a una procedura a evidenza pubblica con l'opportunità che la stessa conduca a un'aggiudicazione in proprio favore non può che essere considerata alla stregua di una situazione vantaggiosa.

Ecco che interviene la disciplina relativa ai gravi errori professionali.

L'art 38 del d.lgs.163/2006³⁵⁷, relativo alle cause di esclusione dalla gara, alla lett. f), contemplava tra queste la grave negligenza o malafede nella fase di esecuzione del contratto e la commissione di gravi errori nell'esercizio della propria attività professionale³⁵⁸. Il riferimento alla fase esecutiva del contratto ha sempre portato a ritenere che una condotta gravemente illecita nello svolgimento

³⁵⁶ I criteri di aggiudicazione sono previsti all'art. 95 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50). Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è approfondito dalle linee guida dell'ANAC (Autorità Nazionale AntiCorruzione), le linee guida n. 2

³⁵⁷ D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

³⁵⁸ Art. 38 del d.lgs.163/2006 è stato abrogato in forza del nuovo codice dei contratti pubblici, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50

dell'attività professionale non potesse riguardare condotte scorrette tenute nella prodromica fase di gara, rivolta all'aggiudicazione del contratto, ma solo afferenti al momento successivo dedicato all'esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicatario³⁵⁹. Ciò impediva di sussumere atteggiamenti anticoncorrenziali rientranti nella nozione di grave illecito professionale utile quale causa di esclusione dalla procedura di gara.

Intervenire, poi, la direttiva comunitaria 2014/24/UE³⁶⁰, la quale all'art 57, par. 4 lett. d), ha statuito che le amministrazioni aggiudicatrici possono, di loro iniziativa o su richiesta dello Stato membro, escludere dalla partecipazione alla gara gli operatori economici che siano stati parti di accordi atti a falsare la concorrenza. A tal proposito, l'art. parla della necessità che l'amministrazione sia in possesso di mezzi adeguati alla prova di tale illecito.

La CGUE, con costante giurisprudenza, si è espressa a riguardo della prova della partecipazione di un'impresa a intese vietate dall'art 101 TFUE in quanto idonee a falsare la concorrenza. La Corte sostiene che la partecipazione di un operatore economico a un'intesa anticoncorrenziale possa essere efficacemente provata con la dimostrazione della partecipazione di suddetto operatore alle riunioni in cui sia stato concluso un accordo illecito di tal genere³⁶¹.

Sulla stessa linea di pensiero della CGUE, si pone anche la giurisprudenza nazionale italiana. Il Consiglio di Stato afferma che l'operatore economico che abbia partecipato a riunioni durante le quali siano stati enucleati gli elementi posti a fondamento dell'accordo vietato, non può invocare la propria estraneità allo stesso accordo³⁶².

Ciò posto, va anche detto che, con riguardo alla materia dei contratti pubblici, la Corte ha stabilito che l'esistenza di condotte restrittive della concorrenza deve essere provata a seguito di una *“decisione che qualifichi i fatti in tal senso”* al fine di garantire certezza del diritto e prevedibilità. Per la dimostrazione di un grave errore professionale commesso nell'ambito degli illeciti antitrust è sufficiente la decisione di un'autorità nazionale competente, in Italia l'AGCM, che accerti la violazione delle norme a tutela della concorrenza³⁶³.

³⁵⁹ La giurisprudenza amministrativa non riteneva afferente il grave errore professionali alla fase pubblicistica della procedura di gara, potendo questo essere valutato solo quale elemento proprio del periodo di esecuzione del contratto affidato. In tal senso, *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V 4 dicembre 2017 n. 5704 e 5 febbraio 2018 n. 722.

³⁶⁰ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 n. 24, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (Testo rilevante ai fini SEE)

³⁶¹ In tal senso la Corte di Giustizia dell'unione Europea nelle sentenze: quinta sezione, 7 gennaio 2004, ECLI:EU:C:2004:6, sulle cause riunite C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-231/00, C-217/00, C-219/00 richiamata dalla sentenza della prima sezione, 19 marzo 2009, ECLI:EU:C:2009:166, nel procedimento C-510/06, punto 119 in cui si dice appunto che la prova della partecipazione di un'impresa ad un'intesa anticoncorrenziale può basarsi sulla dimostrazione che la stessa intesa abbia partecipato alle riunioni in cui l'intesa è stata conclusa

³⁶² *ex multis* si vedano: Consiglio di Stato, sez. VI, 2 luglio 2015 n. 3291 e Consiglio di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2023 n. 691

³⁶³ CGUE, nona sezione, ordinanza 4 giugno del 2019, ECLI:EU:C:2019:476, nel procedimento C-425/18, punto 32, ove si asserisce la superfluità di una sentenza passata in giudicato e si richiama in proposito la sentenza ECLI:EU:C:2012:801

Il considerando 101 della direttiva 2014/24 si esprime nei termini per cui dovrebbe permanere il potere delle amministrazioni aggiudicatrici di escludere operatori economici che si siano dimostrati inaffidabili, tra le altre cose³⁶⁴, perché colpevoli di aver commesso, nell'esercizio della propria attività, gravi errori professionali, tra cui il considerando fa rientrare la violazione di norme in materia antitrust.

L'implementazione della direttiva in ambito nazionale è stata effettuata tramite il d.lgs.50/2016, Codice dei contratti pubblici³⁶⁵(c.c.p.). L'art 80 del c.c.p., rubricato "*motivi di esclusione*", codifica la previsione dell'art 57 della direttiva comunitaria, mancando, tuttavia, di recepire il relativo par. 4 lett d). Ciò, in linea di principio, potrebbe portare a concludere che la commissione di illeciti antitrust non possa assurgere a causa di esclusione dalle gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici. Tuttavia, e ben vedere, il combinato disposto dell'art. 57, paragrafo 4 lett. d) e il considerando 101 fa emergere il comportamento anticoncorrenziale non solo quale causa di esclusione dalle procedure a evidenza pubblica, ma anche quale condotta rientrante tra le ipotesi di grave errore professionale. Ecco che, in tal senso, gli atteggiamenti illeciti perché contrari alle norme antitrust potrebbero essere sussunti nell'art 80 comma 5 lett. c) del c.c.p. L'ampia formulazione di tale disposizione consente, anche a detta dell'ANAC (autorità nazionale anticorruzione)³⁶⁶, di far rientrare le condotte anticoncorrenziali nell'alveo del concetto di grave errore professionale.

In tal senso si pronuncia anche la giurisprudenza comunitaria. Un'importante decisione in proposito è costituita dall'ordinanza del 4 giugno 2019³⁶⁷, con cui la CGUE asserisce che la nozione di grave errore professionale non possa essere confinata alla sola condotta negligente o in mala fede perpetrata dall'operatore economico in sede di esecuzione del contratto aggiudicatogli, ma debba riferirsi a qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità e sull'integrità dell'impresa. Tale assunto era già stato espresso in precedenza³⁶⁸, ma risulta a maggior ragione suffragato alla luce del già citato considerando 101 della direttiva 2014/24/UE, che annovera l'illecito antitrust tra i gravi errori professionali, quali potenziali cause di esclusione dalle procedure a evidenza pubblica.

³⁶⁴ A conferma della pregnanza dell'interesse ambientale di cui si è trattato nel capitolo I, lo stesso considerando 101 fa riferimento tra i gravi illeciti professionali, la violazione di obblighi ambientali. Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 n. 24, che abroga la precedente direttiva 2004/18/CE sugli appalti pubblici

³⁶⁵ d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, codice dei contratti pubblici

³⁶⁶ Nelle Linee Guida n. 6 del 2016, l'ANAC asserisce che l'illecito antitrust sia da far rientrare tra le cause di esclusione degli operatori economici dalle procedure ad evidenza pubblica, in quanto appartenenti alla categoria dei gravi illeciti professionali.

³⁶⁷ Ordinanza ECLI:EU:C:2019:476, nel procedimento C-425/18. La stessa riconduzione alla categoria dei gravi illeciti professionale delle condotte anticoncorrenziali, viene più di recente ribadita dalla Corte, quarta sezione, 15 settembre 2022, ECLI:EU:C:2022:689, nel procedimento C- 416/21, in cui si dice che la violazione delle regole di concorrenza, in base al considerando 101 della direttiva 24/2014, alla luce dell'obiettivo dell'art 57, paragrafo 4, lettera d), perpetrata tramite un accordo anticoncorrenziale, qualunque esso sia, anche diverso rispetto a quelli tra imprese previsti dall'art 101 TFEU, deve essere ricondotta alla categoria dei gravi illeciti professionali.

³⁶⁸ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, decima sezione, 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2469, nel procedimento C-470/13, punto 35; terza sezione, 13 dicembre 2012, ECLI:EU:C:2012:801, nel procedimento C-465/11, al punto 27

Posta l'indubbia rientranza dei comportamenti anticoncorrenziali nel novero dei gravi errori compiuti nell'esercizio della propria attività professionale, è da rilevare che la commissione di questo tipo di illeciti sia da valutare dalle amministrazioni aggiudicatrici in base ai criteri individuati dalle linee guida ANAC n. 6, al fine di costituire legittima causa di esclusione dalla procedura a evidenza pubblica in corso. Tali parametri, legittimati dalla stessa AGCM³⁶⁹, sono costituiti da: la sussistenza di un provvedimento esecutivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che condanni l'operatore per la commissione di un illecito antitrust; il riflesso negativo di tale illecito accertato sulla contrattualistica pubblica; la pertinenza della condotta anticoncorrenziale allo stesso mercato oggetto del contratto da affidare³⁷⁰, in quanto non rileva la condotta *ex se* considerata quale comportamento idoneo a produrre un riflesso sulla materia della contrattualistica pubblica³⁷¹.

Ciò posto, considerata anche la pronuncia del Consiglio di Stato n. 424 del 2022³⁷², ove si qualifica lo svolgimento leale e corretto della concorrenza quale valore di rango costituzionale, interesse che dall'Unione si inserisce in ambito interno, non può essere motivo di stupore la rilevanza delle condotte anticoncorrenziali anche nell'ambito dei motivi di esclusione³⁷³ dalla partecipazione alle procedure a evidenza pubblica, assodato il suo novero tra i gravi illeciti professionali.

Il disvalore sociale che illeciti antitrust portano con sé comporta l'impossibilità di prescindere dall'evitare a ogni livello e in ogni circostanza che sia perpetrato senza conseguenze, ancora di più in considerazione dell'estrema rilevanza sociale ed economica che riveste l'aggiudicazione di un contratto da parte delle pubbliche amministrazioni, che agiscono nell'interesse della collettività.

Si andrà ora ad analizzare una possibile declinazione del danno ingiusto antitrust, quale danno derivante dalla perdita di opportunità.

1.2 Il danno da perdita di chance

Il danno antitrust può concretarsi anche in una lesione concernente il raggiungimento di un'opportunità perduta a causa del comportamento anticoncorrenziale. Il danno ingiusto cosiddetto

³⁶⁹ parere del 13 febbraio 2018 sulle linee guida ANAC n. 6 sull'attuazione del codice dei contratti pubblici, [AS1474.pdf](#)

³⁷⁰ Linee Guida ANAC n. 6 del 2017, punto 2.2.3.1

³⁷¹ per un approfondimento sul tema dei gravi illeciti professionali e delle condotte anticoncorrenziali quali cause di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica, si rimanda a A. Maltoni, *La Corte di Giustizia ascrive gli illeciti antitrust nella categoria dei gravi illeciti professionali nonostante le ritrosie manifestate da una parte della giurisprudenza amministrativa*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, n.6/2019

³⁷² Consiglio di Stato, sez. III, 21 gennaio 2022 n. 424, punto 9.3

³⁷³ L'esclusione di un'impresa autrice di comportamenti illeciti anticoncorrenziali non può considerarsi quale sanzione ai sensi della disciplina della L. 287/1990, perché risulta piuttosto uno strumento di selezione preventiva dei partecipanti atti a garantire alle Pubbliche Amministrazioni di poter contare sull'affidabilità di un eventuale aggiudicatario del contratto messo a bando. Così, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 novembre 2022, n. 10467

da perdita di chance³⁷⁴ è assunto a tematica particolarmente rilevante nella dottrina e giurisprudenza³⁷⁵ italiana, soprattutto nell'ambito del diritto amministrativo.

La nozione di danno da perdita di chance può essere ricostruita partendo da due diverse prospettive, la prima eziologica e la seconda ontologica.

La tesi eziologica³⁷⁶ assimila la perdita di chance al risarcimento di quella porzione di danno afferente al lucro cessante. In tale caso il danno tange un risultato utile futuro che il soggetto avrebbe probabilmente conseguito se non fosse intervenuto il comportamento illecito cui è conseguita la sua lesione. Questa idea ricostruisce la chance quale specchio della connessione causale e, appunto, eziologica, tra l'evento atteso non verificatosi, e il comportamento illecito. Se si seguisse la menzionata impostazione, l'ottenimento del risarcimento dipenderebbe dal calcolo percentuale connesso alla probabilità che si verificasse in concreto l'evento auspicato, solo ove tale percentuale si attestasse oltre il 50% il danno verrebbe integralmente risarcito, altrimenti il danneggiato non avrebbe diritto ad alcuna somma risarcitoria.

Abbracciando la tesi ontologica, invece, si ammette risarcimento parziale di una chance la cui probabilità di concreta verifica sia valutata essere inferiore al 50%³⁷⁷.

La tesi ontologica sussume la perdita di chance nel danno emergente. In questo caso la chance costituisce un bene giuridico autonomo, distinto ed economicamente valutabile, per cui risarcibile come utilità già rientrante nella sfera patrimoniale del soggetto leso. Essa si qualifica non come perdita di un vantaggio, ma come perdita della possibilità di conseguirlo ed è tale possibilità a essere la situazione giuridica soggettiva lesa di cui si richiede il risarcimento.

La ricostruzione del danno da perdita di chance in chiave ontologica è quella oggi maggiormente accreditata in seno a dottrina e giurisprudenza, le quali concordano nell'affermare che il danno da

³⁷⁴ La parola "chance" deriva etimologicamente da quella latina "cadentia" che faceva riferimento al cadere dei dadi rappresentanti una buona probabilità di riuscita nell'ottenimento di un risultato. Con tale espressione si rimanda all'idea di un'occasione perduta.

³⁷⁵ I primi riconoscimenti giurisprudenziali del risarcimento del danno da perdita di chance, ossia della possibilità di conseguire un'utilità, risalgono a pronunce della Corte di Cassazione, sez. lavoro. La Corte, nella sentenza del 13 dicembre 1969 n. 3958, ha ritenuto risarcibile il danno sofferto dall'assistito che, a causa del comportamento del proprio avvocato, abbia visto sfumare la possibilità di proporre appello al fine di conseguire una pronuncia favorevole.

³⁷⁶ Sulla teoria eziologica della "chance" si vedano: G. Chinè, M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, NelDiritto editore, 2016; F. Caringella, *Studi di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 267; B. Tassone, *Perdita di chances e nesso causale nel caso Cir-Fininvest*, in *Danno e responsabilità*, 2011, p.1067. Per quanto riguarda la giurisprudenza: Corte di Cassazione Civile, sez. III, 16 ottobre 2007 n. 21619 e Corte di Cassazione civile, sez. III del 14 giugno 2011 n. 12961, nota 4 bianchi

³⁷⁷ Per un approfondimento delle diverse teorie inerenti al danno da perdita di chance, si veda L. Bianchi, *Le perdite di chance generano danni da risarcire fiscalmente non imponibili – la non imponibilità del risarcimento del danno da perdita di chance per mancato accesso al sistema della retribuzione di risultato*, in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 11 novembre 2022 n. 11, p. 880

perdita di chance non afferisca al mancato avveramento di un evento futuro ma alla perdita di un'occasione favorevole concreta e attuale, già rientrante nel patrimonio del soggetto danneggiato³⁷⁸. Per la presente trattazione, risulta rilevante il danno da perdita di chance derivante da un comportamento commesso in violazione delle norme poste a tutela dell'assetto concorrenziale del mercato unico europeo.

A tal proposito, di recente la Corte di Cassazione si è pronunciata in relazione al mancato esperimento di un'offerta pubblica di acquisto obbligatoria, possibile causa di danno ingiusto arrecato ai soci che avrebbero voluto dismettere le proprie partecipazioni.

Nel prossimo paragrafo si analizzeranno gli strumenti di *private enforcement* di cui dispongono i soggetti lesi da tale mancanza ai fini dell'applicazione della disciplina antitrust.

1.2.1 Il Private enforcement per mancata O.P.A.

La concorrenza e l'efficienza a essa collegata nel mercato unico Europeo si legano a un altro tema più volte trattato dalla Corte di Cassazione, quello del mancato lancio di un'offerta pubblica di acquisto (O.P.A.) che risulti obbligatoria ai sensi dell'art 106 comma 1 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (t.u.f.)³⁷⁹.

La disposizione citata si riferisce alle società quotate nel mercato regolamentato e pone un preciso obbligo in capo a chi “*a seguito di acquisti ovvero maggiorazione dei diritti di voto*” arrivi a detenere una partecipazione al capitale sociale o a disporre di una percentuale di diritti di voto superiore al 30%, l'obbligo di promuovere un'o.p.a. rivolta a “*tutti i possessori di titoli sulla totalità dei titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato*”³⁸⁰.

Superato il limite di partecipazione ivi stabilito, la giurisprudenza ha spesso ribadito che la promozione di un'o.p.a. travalica i limiti del semplice onere per giungere a costituire in tutto e per

³⁷⁸ In tal senso, la giurisprudenza: Consiglio di Stato, adunanza plenaria 11 maggio 2018, n. 7 in cui si rigetta la tesi della Pubblica Amministrazione, secondo cui la chance di conseguire l'aggiudicazione di un contratto pubblico fosse da provare da parte della ricorrente come probabile almeno al 50%; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 7 maggio 2021, n. 454, in cui si afferma che il risarcimento del danno da perdita di chance ripara un danno emergente; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 11 maggio 2022, n. 165, in cui il tribunale, in materia di contratti pubblici, dice che la perdita della chance dell'affidamento del contratto va ricostruita in chiave ontologica e quindi considerata danno attuale, la probabilità della sua concreta verifica funge solo da criterio utile per la quantificazione del danno; T.A.R. Emilia Romagna, Ravenna, 22 luglio 2019, n. 758 in cui si afferma che la chance è “un'entità patrimoniale, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, la sua perdita configura un danno attuale risarcibile, consistente non in un lucro cessante, bensì nel danno emergente da perdita di possibilità attuale”.

La dottrina prevalente è ben rappresentata da M. Capecci, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, in *Contratto e impresa*, 2021, pp. 23 ss.; F. Mastropaolo, (*voce*) *Danno, III, Risarcimento del danno*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989, X, p. 12. A. Montanari, *Per una riconsiderazione del risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 7/2009, p. 1 ss.; M. Franzoni, *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?*, in *Danno e responsabilità*, 5/2021, pp. 605 ss.

³⁷⁹ D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della L. 6 febbraio 1996, n. 52

³⁸⁰ art 106 comma 1 T.u.f.

tutto un obbligo a carico di chi detenga tale partecipazione maggioritaria³⁸¹. Il mancato lancio dell'o.p.a. obbligatorio è pacifico che determini un danno risarcibile nei confronti degli azionisti che non hanno avuto la possibilità di aderire all'offerta stessa e disinvestire le azioni in proprio possesso. Tale danno viene configurato dalla Corte di Cassazione come danno da perdita di chance, ossia di quella che viene pacificamente qualificata non come una “*mera aspettativa di fatto, ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione*”³⁸².

La disciplina dell'O.P.A. è stata arricchita da un intervento armonizzatore comunitario consistente nella direttiva 2004/25/CE³⁸³.

Come affermato dalla relazione della Commissione Europea sull'applicazione della direttiva, quest'ultima ha come obiettivo sì la tutela degli azionisti, in particolare di quelli di minoranza attraverso la promozione della trasparenza e del diritto all'informazione nell'ambito di un cambio di controllo della società cui partecipano, ma anche quello del “*consolidamento del mercato unico, consentendo la libera circolazione dei capitali in tutte l'UE*”³⁸⁴. Ciò testimonia che, sebbene il danno patito dai soci consista in una lesione originata da un inadempimento contrattuale, per cui tale è la responsabilità che ne deriva, è bene precisare che la finalità garantista rispetto al funzionamento del mercato rende la questione rilevante dal punto di vista del *Public* e del *Private enforcement* che, in quest'ambito, si intrecciano e cooperano al fine di una completa implementazione dei principi nazionali ed europei volti alla tutela del sistema nel suo complesso³⁸⁵, nonché dei suoi giocatori.

Nella circostanza in questione, il legislatore salvaguarda le singole situazioni giuridiche soggettive cui sono inestricabilmente connesse le finalità legate alla preservazione del buon andamento e dell'integrità del mercato.

L'intreccio tra strumenti di *enforcement* pubblici e privati comporta che l'utilizzo di uno non determina l'esclusione della possibilità di far valere l'altro. L'eventuale irrogazione delle sanzioni civili derivanti dall'applicazione dell'art 1218 cc³⁸⁶ non copre la tutela delle posizioni giuridiche degli azionisti, indi per cui essi rimangono titolari del diritto di richiedere il risarcimento per il danno

³⁸¹ è quanto affermato dalla Corte di cassazione civile, sez. I, 10 agosto 2012 n. 14400

³⁸² la definizione virgolettata si rifà al richiamo operato dalla sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. I, del 25 luglio 2018 n. 19741, a Corte di Cassazione civile, Sez. III, 11 dicembre 2003 n. 18945

³⁸³ Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 n. 25, concernente le offerte pubbliche di acquisto.

³⁸⁴ Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, del 28 giugno 2012: COM (2012) 347 final

³⁸⁵ Nella vicenda presa in esame dalla sentenza della Corte di Cassazione del 25 luglio 2018 n. 19741, relativa alla vicenda Fondiaria-Sai, la Consob era intervenuta a seguito di un'indagine seguita dall'AGCM, a conferma della rilevanza dell'illecito in relazione alla tutela del corretto funzionamento del mercato.

³⁸⁶ Come già ricordato, la responsabilità che deriva dalla mancata promozione di un'o.p.a. obbligatoria è qualificata dal collegio della suprema corte di cassazione come responsabilità contrattuale, *ex multis*, anche nella sentenza 25 luglio 2018 n. 19741

subito, danno da perdita di chance, mettendo in campo gli strumenti privatistici atti alla salvaguardia della loro posizione giuridica soggettiva.

La Corte di Cassazione, in proposito, esclude che le sanzioni previste all'art 110 t.u.f.³⁸⁷, combinate con le sanzioni amministrative, costituiscano una *lex perfecta*³⁸⁸ idonea a raggugliare anche il pregiudizio subito dai singoli soci che, in tal caso, si vedrebbero preclusa la possibilità di accedere al rimedio risarcitorio. L'illogicità di una siffatta conclusione, dimostra che nella salvaguardia dell'assetto del mercato è inevitabile e, soprattutto, garante di una maggiore efficienza, la concorrenza tra strumenti di *public* e di *private enforcement*.

Le sanzioni civili previste dal 110 t.u.f., non possono risolvere la tutela delle situazioni giuridiche soggettive lese dalla perdita della possibilità del disinvestimento garantito nel caso in cui avessero aderito all'o.p.a. È da precisare, inoltre, che la chance appena menzionata non si qualifica come una mera aspettativa di fatto ma come un vantaggio già ascrivibile alla sfera patrimoniale del danneggiato, la cui perdita è da risarcire, quindi, quale danno emergente³⁸⁹.

L'azione risarcitoria proponibile dai soci danneggiati rientra tra gli strumenti di *private enforcement* che, sebbene rivolti in via immediata a tutelare la propria posizione giuridica soggettiva, sono un mezzo irrinunciabile per promuovere una più efficace tutela dell'integrità del mercato, già perseguita dall'intervento delle autorità competenti, in questo caso la CONSOB (Commissione Nazionale per la Società e la Borsa)³⁹⁰, e contribuisce alla formazione di un effetto deterrente rispetto alla perpetrazione di comportamenti illeciti che ledano l'integrità e il buon funzionamento del mercato.

³⁸⁷ L'art. è rubricato: "inadempimento degli obblighi" e dispone, al primo comma, che in caso di violazione degli obblighi previsti dalla presente sezione, il diritto di voto inerente all'intera partecipazione detenuta non può essere esercitato e i titoli eccedenti le percentuali indicate negli artt. 106 e 108 devono essere alienati entro dodici mesi; in alternativa la CONSOB può imporre la promozione dell'offerta totalitaria al prezzo da essa stabilito. Qualora si proceda con l'alienazione dei titoli eccedenti o con la promozione dell'offerta totalitaria, viene meno la sospensione nell'utilizzo del diritto di voto.

³⁸⁸ R. Rolli, *Risarcimento del danno da perdita di chance- Private enforcement per mancata OPA e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 1 maggio 2019, p. 1029, si dice che: "la tutela delle situazioni soggettive degli azionisti non si può fare dipendere dalla sorte di sanzioni, che si pongono al di fuori del rapporto obbligatorio e che –perlomeno nella loro originaria configurazione – non sono dirette a tutelare gli interessi patrimoniali degli azionisti medesimi" citazione di C. Pessani, *Inadempimento dell'obbligo di OPA e risarcimento del danno: il caso Fondiaria –Sai approda in Cassazione*, in *Giurisprudenza commentata*, 2013, p. 793; ancora prima D. Trevisan, *Danno da mancato lancio di OPA: le questioni ormai risolte e i problemi ancora aperti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2/2014, p. 561, nel commentare la sentenza della Corte di Cassazione civile, Sez. I, 26 settembre 2013 n. 22099, sottolinea come il rimedio risarcitorio sia compatibile con la commissione di sanzioni civili, cosa ribadita dal Supremo collegio anche nella decisione lì presa in esame.

³⁸⁹ La Corte di Cassazione civile, nella sentenza già menzionata n. 19741 del 2018, qualifica la *chance* come "lucro cessante ipotetico" discostandosi dalla maggioranza di dottrina e giurisprudenza già citate per cui la chance è da far rientrare nella nozione di danno emergente. Secondo R. Rolli, *op. cit.*, la qualifica come "lucro cessante ipotetico" è da ritenersi ingiustificata in quanto la chance persa consiste nella perdita della concreta possibilità di disinvestimento. Per l'ottenimento del risarcimento il socio attore dovrà provare solo la probabilità con cui avrebbe aderito all'offerta pubblica di acquisto.

Sul dibattito tra tesi eziologica e ontologica sulla delimitazione del concetto di chance si rinvia a quanto detto in proposito nel paragrafo precedente.

³⁹⁰ Questa Autorità è stata istituita con L. 7 giugno 1974 n. 216 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, recante disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari)

Anche la Corte di Cassazione, infatti, ha osservato nel 2012 come la salvaguardia di interessi pubblici possa essere perseguita anche mediante la predisposizione di strumenti azionabili dai privati a tutela del loro interesse personale³⁹¹.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno risarcibile per la perdita della possibilità di disinvestimento, è ormai pacifico che il soggetto attore debba provare la probabilità della sua adesione al momento in cui sorse l'obbligo di promozione dell'O.P.A., probabilità che, data la qualificazione della chance come danno emergente, non incide sull'*an* del risarcimento, ma solo sul *quantum*. La chance, infatti, è la perdita della possibilità di conseguire un risultato che si auspicava di raggiungere, quindi il vantaggio che avrebbe arrecato l'adesione all'offerta e la conseguente dismissione della propria partecipazione³⁹².

Nel prossimo paragrafo si andranno ad analizzare le conseguenze del comportamento illecito dal punto di vista delle regole poste a tutela della concorrenza, in relazione a un diverso tipo di rapporto contrattuale, quello fideiussorio.

e rientra nell'alveo delle autorità amministrative indipendenti dotate di autonomia e di pian personalità giuridica.

³⁹¹ Così la Corte di Cassazione civile nella già citata sentenza del 10 agosto 2012 n. 14400

³⁹² A proposito della quantificazione del danno da perdita di chance per mancata OPA, la Suprema Corte stabilisce che: "il danno da perdita di chance di disinvestimento patito dall'azionista [...] commisurato alla probabilità che l'azionista avrebbe aderito all'OPA che non ha invece avuto luogo, va determinato raffrontando il prezzo di rimborso delle azioni in caso di OPA con il loro valore effettivo, ritratto dalle risultanze di borsa, secondo il successivo andamento del titolo, nell'arco temporale intercorrente tra il giorno in cui si è consumata la violazione dell'obbligo di OPA e quello del disinvestimento (se vi è stato, ovvero in caso contrario della proporzione della domanda risarcitoria), nella misura in cui, in applicazione dei principi generali, il pregiudizio patito dall'azionista si collochi sul piano delle conseguenze immediate e dirette alla violazione dell'obbligo di Opa, il tutto sempre nei limiti della prevedibilità, salvo che non si versi in caso di dolo, e se del caso con liquidazione equitativa, escluso in tutto o in parte, in presenza dei relativi presupposti, il risarcimento in ipotesi di concorso del fatto colposo del creditore. (Cassazione civile, Sez. 1, 25 luglio 2018 n. 19741, Ragioni della decisione, punto 2.1)

1.3 La nullità dei contratti di fideiussione omnibus a valle di un'intesa anticoncorrenziale

Recentemente, le Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione³⁹³ si sono occupate di un tema molto discusso in giurisprudenza, ossia il destino dei contratti di fideiussione omnibus stipulati a “valle” di un'intesa anticoncorrenziale nata a “monte”.

Il dibattito nasce seguito della predisposizione di uno schema fideiussorio da parte dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI) per la garanzia di operazione bancarie. Tale schema venne sottoposto al vaglio della Banca d'Italia che, in qualità di autorità garante della concorrenza tra gli istituti di credito, valutò la compatibilità del primo con il divieto di intese restrittive del gioco concorrenziale.

Al fine di completare la verifica di conformità, la Banca d'Italia interpellò l'AGCM³⁹⁴, la quale oppose rilievi in particolare a riguardo delle clausole corrispondenti ai numeri. 2, 6 e 8 del citato schema contrattuale³⁹⁵.

A seguito del ricevimento del parere da parte dell'autorità menzionata, la Banca d'Italia pronunciò il provvedimento 55/2005³⁹⁶, che affermava la contrarietà delle clausole previste agli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale per la fideiussione omnibus (a garanzia di operazione bancarie) predisposto dall'ABI, all'art 2 della L. 287/1990³⁹⁷, poiché idonee a falsare il gioco della concorrenza in quanto in grado di “*determinare un aggravio economico indiretto, in termini di minore facilità di accesso al credito e nei casi di “fideiussioni a pagamento” accresce il costo complessivo del finanziamento per il debitore, che dovrebbe anche remunerare il maggior rischio assunto dal fideiussore*”^{398/399}.

Ciò posto, la giurisprudenza ha, nel corso del tempo, elaborato tre diverse possibili tutele accessibili da parte di chi abbia stipulato un contratto di fideiussione omnibus che risulti concretizzare gli effetti anticoncorrenziali voluti in ragione della predisposizione dell'intesa a “monte”.

Come ricorda la sezione speciale in materia di imprese del Tribunale di Roma⁴⁰⁰, tali diverse soluzioni interpretative prevedevano: a) la nullità assoluta della fideiussione a “valle”; b) la nullità parziale

³⁹³ Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 31 dicembre 2021 n. 41994

³⁹⁴ La quale rispose con parere n. 14251 del 2005

³⁹⁵ Nello schema contrattuale dell'ABI, le clausole citate corrispondono a: art. 2 cosiddetta “clausola di reviviscenza” secondo cui il fideiussore “si impegna a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo”; art 6 cosiddetta “clausola di rinuncia ai termini”, secondo cui “i diritti derivanti alla banca dal fideiussore restano integri fino a totale estinzione di ogni suo credito verso il debitore, senza che essa sia tenuta a escutere il debitore o il fideiussore medesimi o qualsiasi altro coobbligato o garante entro i tempi previsti, a seconda dei casi, dall'art 1957 c.c. che si intende derogato”; art 8 cosiddetta “clausola di sopravvivenza” secondo la quale “qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate”

³⁹⁶ Provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005

³⁹⁷ L. 10 ottobre 1990 n. 287 recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato

³⁹⁸ Parere AGCM 14251/2005, punto 44, richiamato dalla sentenza richiama della Sezioni Unite civili, 41994/2021

³⁹⁹ Anche a proposito della stipulazione di un contratto di fideiussione omnibus che risulti conseguente alla predisposizione di un'intesa anticoncorrenziale a “monte”, la dottrina parla della “perdita di chance” di stipulare un contratto a condizioni più favorevoli. In tal senso si veda, V. Amendolagine, *Percorsi di giurisprudenza – Fideiussione e clausola contrastanti con le norme antitrust*, in *Giurisprudenza italiana*, nn. 8 e 9, 1 agosto 2022, p. 1974

⁴⁰⁰ Tribunale di Roma, sezione speciale in materia di imprese, 3 marzo 2023 n. 3552

delle sole clausole della fideiussione a “valle” riproduttive dello schema dell’ABI dichiarato anticoncorrenziale da parte dell’AGCM; c) la tutela risarcitoria per il cliente che ha rilasciato alla banca la fideiussione riproduttive delle clausole anticoncorrenziali censurate.

Quest’ultima è la soluzione paventata da una parte della giurisprudenza⁴⁰¹, la quale ritiene che non vi sia un fondamento normativo idoneo a consentire di sanzionare i contratti a “valle” di un’intesa anticoncorrenziale con la nullità⁴⁰², anche in ragione della diversità delle parti del contratto conseguente all’intesa.

La Suprema Corte di Cassazione ha più volte aderito all’idea per cui il *private enforcement antitrust* dovesse risolversi, in questi casi, solo nella possibilità di agire per il risarcimento del danno subito, affermando che la nullità dell’intesa anticoncorrenziale a “monte” non producesse automaticamente il medesimo vizio negli atti conseguenti a “valle” posti in essere dalle imprese aderenti all’intesa. Questi, secondo un orientamento in passato seguito dalla Cassazione, potevano costituire solo il fondamento per la richiesta risarcitoria, mantenendo comunque intatta la loro validità⁴⁰³.

Tale tesi risulta, però, surclassata da orientamenti successivi che considerano i contratti a “valle” da sanzionarsi con la declaratoria di nullità, totale o parziale.

La prima idea, seguita da un filone giurisprudenziale minoritario⁴⁰⁴ e comunque superato dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2021, ritiene necessario che la caducazione del contratto

⁴⁰¹ La giurisprudenza di merito ha, soprattutto in passato, costantemente rigettato la tesi della nullità. In proposito si vedano: Tribunale Padova dell’1 settembre 2016; Tribunale Treviso del 6 ottobre 2016 in cui si dice che la normativa antitrust non recava un divieto espresso rispetto al contenuto degli atti negoziali, ma solo il comportamento anticoncorrenziale delle imprese aderenti all’intesa idonea a falsare il gioco della concorrenza che si pone a “monte” rispetto ai seguenti atti negoziali. In tal senso, il tribunale pone in evidenza la differenza tra violazioni di norme sull’atto e violazioni di norme sul comportamento. Queste ultime, secondo il giudice di Treviso, non possono compromettere l’efficacia e la validità del contratto a “valle”, ma solo aprire la strada alla richiesta risarcitoria.

Per un approfondimento sull’evoluzione della giurisprudenza di merito in tema, si veda, M. Libertini, *Gli effetti delle intese restrittive sui c.d. contratti a “valle”*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2 dell’1 marzo 2020, p. 378

⁴⁰² in un’occasione antecedente alla pronuncia delle Sezioni Unite che si sta prendendo come riferimento, la Corte di Cassazione ha sottolineato la differenza tra l’intesa a “monte” e i contratti a “valle”, ammettendo per questi la tutela risarcitoria (Cassazione Civile, sez. I, 26 settembre 2019 n. 24044, in tal senso citata da V. Amendolagine, *op. cit.*, in tema il contributo cita anche Tribunale di Busto Arsizio, 26 maggio 2020)

⁴⁰³ In tal senso si vedano: Cassazione civile, sez. III, 11 giugno 2003 n. 9384; Cassazione Civile, sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640; Cassazione Civile, sez. III, 26 giugno 2011, n. 13486

⁴⁰⁴ si vedano in proposito Tribunale di Siena del 14 maggio 2019; Cassazione Civile, sez. I, ordinanza 12 dicembre 2017 n. 29810 ove, sebbene ometta di occuparsi del carattere totale o parziale della nullità dei contratti che seguono a un’intesa anticoncorrenziale, l’assenza di un riferimento alla parzialità porta a pensare che la Corte abbia abbracciato la tesi della nullità totale. La sentenza, al punto 11.6, sembra accogliere la tesi della nullità totale dei contratti a “valle” di un’intesa anticoncorrenziale in quanto afferma che: “*se la violazione a “monte” è stata consumata anteriormente alla negoziazione a “valle”, l’illecito concorrenziale consumatosi prima della fideiussione oggetto della presente controversia non può che travolgere il negozio concluso a “valle” per la violazione dei principi e delle norme regolative in materia*”. Per un approfondito commento si rinvia a M. Libertini, *Gli effetti delle intese restrittive sui c.d. contratti a “valle”*. Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 1 marzo 2020, p. 378. La stessa sentenza, inoltre, ben lontana dal tenersi neutrale rispetto al tema della nullità derivata dei contratti a “valle”, enuncia il principio per cui, nonostante l’art. 2 della L. 287/1990 statuisca la nullità dell’intesa anticoncorrenziale, la valenza della disposizione non si deve interpretare nel senso che dà rilevanza al solo contratto “in senso tecnico ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà”, bensì nell’ottica per cui ponga un divieto più ampio riferito a qualsiasi comportamento risulti idoneo a falsare la concorrenza.

fideiussorio sia integrale, poiché l'importanza delle clausole anticoncorrenziali inserite e i motivi illeciti sottesi alla predisposizione dell'intesa a "monte" comporterebbero un travolgimento integrale del contratto fideiussorio successivo.

La tesi maggiormente accreditata, però, è quella espressa dalla sentenza delle Sezioni Unite Civili 41994/2021, secondo cui il terzo contraente che rilascia il contratto di fideiussione *omnibus* all'istituto di credito, non solo è titolare del diritto soggettivo a ottenere il risarcimento per il danno ingiusto subito come conseguenza di un comportamento illecito contrario alle norme *antitrust*, ma può anche richiedere che il contratto sia travolto dagli effetti della nullità, non integrale, ma solo parziale, in modo tale che siano caducate unicamente le clausole contrarie a concorrenza⁴⁰⁵.

Questo orientamento maggioritario, ora cristallizzato dalla sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, mira a conciliare la conservazione del contratto, attraverso la graduazione degli effetti della nullità sulla base dell'essenzialità che le clausole anticoncorrenziali rivestono in seno al contratto a "valle", con la necessaria tutela del terzo, che diviene protagonista di una scelta falsata dagli effetti anticoncorrenziali di un'intesa cui è estraneo, alterazione che lede il suo diritto a una scelta effettiva, il che lo legittima ad agire ai sensi dell'art 33 della L. 287/1990⁴⁰⁶.

La possibilità di una declaratoria di nullità, però, non può prescindere dalla verifica dell'esistenza di un nesso funzionale tra l'intesa a "monte" e la stipulazione del contratto di fideiussione *omnibus* a "valle", nesso che emerge ove quest'ultimo riproduca, in tutto o in parte, il contenuto dell'accordo con cui si è realizzata l'intesa idonea ad alterare la concorrenza.

Il nesso funzionale, quale indice di un binomio tra intesa a "monte" e contratti a "valle", impedisce che questi ultimi possano essere ritenuti estranei al fenomeno anticoncorrenziale, poiché sono da considerarsi uno "sbocco" dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti⁴⁰⁷. Ciò comporta che un'intesa dichiarata parzialmente nulla dall'AGCM implica la conseguente declaratoria di nullità parziale dei contratti a "valle" inficiati dalla stessa natura anticoncorrenziale dell'atto a "monte"⁴⁰⁸.

La nullità è la conseguenza più idonea a punire la violazione della normativa *antitrust*, composta da norme imperative poste a tutela dell'ordine pubblico economico, a livello unionale e nazionale, che

⁴⁰⁵ Tale assunto tratto dalla sentenza delle Sezioni Unite civili 41994/2021, punto 2.16.1 vale, a dire della stessa sentenza che riprende la disciplina dell'art 1419 c.c. che, per il principio di conservazione del contratto, prescrive la possibilità di nullità parziale, ma solo ove non risulti che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto. La sentenza dice, infatti, che i contratti di fideiussione a "valle" sono solo parzialmente nulli "salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti".

⁴⁰⁶ Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, 4 febbraio 2005, n. 2207, punto 1 a e 1 f.

allo stesso punto 1f, la sentenza afferma che lo strumento attraverso il quale si sostituisce la scelta effettiva con una apparente non può avere un valore giuridico diverso da quello dell'intesa anticoncorrenziale a "monte", i quanto funzionalmente legato a questa.

⁴⁰⁷ Cassazione Sezioni Unite Civili. 2207/2005 richiamata dal punto 2.16.1 delle Sezioni Unite civili 41994/2021

⁴⁰⁸ Tribunale di Roma, sezione speciale in materia di imprese, sentenza 3 marzo 2023 n. 3552

salvaguardano l'interesse alla concorrenza quale valore irrinunciabile nel mercato unico europeo, anche al fine di garantire la libertà di iniziativa economica costituzionalmente protetta.

Quale compimento della salvaguardia delle posizioni giuridiche soggettive lese da una condotta anticoncorrenziale, alla declaratoria di nullità, come detto, si aggiunge la tutela risarcitoria⁴⁰⁹, ancora una volta specchio di uno strumento di *private enforcement* necessario sì al soddisfacimento di interessi personali privatistici, ma anche funzionale alla tutela di un interesse pubblico, soprattutto grazie al suo effetto deterrente.

Ancora una volta, in materia *antitrust*, qui si evidenzia la cooperazione essenziale tra strumenti di *public enforcement*, in mano all'autorità garante, e quelli di *enforcement* privato, propri dei singoli e rivolti in via immediata al soddisfacimento di un interesse egoistico, ma indirettamente anche a preservare la concorrenza, incrementando l'efficacia delle norme prevista a tutela della stessa.

Entrambi gli strumenti sono necessari e irrinunciabili. Le stesse Su della Corte di Cassazione⁴¹⁰ affermano che l'azione risarcitoria deve completarsi attraverso la possibilità di richiedere la declaratoria di nullità, in conformità con la finalità ultima delle norme antitrust, che è quella della tutela del mercato in senso oggettivo⁴¹¹.

In ambito *antitrust*, quindi, gli strumenti di private e di public enforcement svolgono un ruolo necessariamente complementare⁴¹².

Nel prossimo paragrafo si andrà ad analizzare l'assetto di *enforcement* pubblicistico preposto all'attuazione degli artt. 101 e 102 TFUE, trasposti nelle disposizioni ex artt. 2 e 3 della L 287/1990.

⁴⁰⁹ La tutela risarcitoria era inizialmente l'unico strumento riconosciuto ai privati per la loro protezione in ambito antitrust, così come deciso dalla sentenza delle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione del 4 febbraio 2005, n. 2207

⁴¹⁰ per un approfondimento sulla sentenza 41994/2021, selle SU civili della Cassazione, si rimanda a: C. Lo Surdo: "La recente pronuncia delle Sezioni Unite sulla nullità parziale dei contratti di fideiussione *omnibus* a valle di un'intesa anticoncorrenziale. Alcuni spunti di riflessione su *private* e *public enforcement antitrust*", in Osservatorio del diritto civile e commerciale, fascicolo n. 1 di gennaio 2022

⁴¹¹ SU civili, 41994/2021, punti 2.13.1 e 2.13.2

⁴¹² Si veda in proposito il paragrafo 3.3 della sentenza della Cassazione Civile, Sez. I, 22 maggio 2019 n. 13846

2. Il public enforcement antitrust: L'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Nel 1990 il legislatore italiano traspone in ambito nazionale le previsioni comunitarie della disciplina antitrust che, come già detto, vietava le intese anticoncorrenziali, l'abuso di posizione dominante⁴¹³, gli Aiuti di Stato e, con regolamento 4064/89/CEE disponeva il controllo sulle operazioni di concentrazione.

La l. 287/1990, ex art 10⁴¹⁴, rubricato "Autorità garante della concorrenza e del mercato" istituisce l'autorità italiana garante della concorrenza e del mercato (AGCM), competente all'esercizio di poteri atti a controllare, accertare, sanzionare infrazioni nell'ambito della disciplina antitrust.

La legge disciplina i poteri dell'Autorità nell'ambito di intese anticoncorrenziali, abuso di posizione dominante e concentrazioni agli artt. 12 ss., per poi inserire anche una tutela di pertinenza privatistica all'art 33, il quale prevede per gli stessi la facoltà di esperire azione di nullità affinché venga caducata la conclusione dell'accordo anticoncorrenziale e di risarcimento del danno dinanzi alla sezione speciale per le imprese del tribunale territorialmente competente⁴¹⁵.

L'art 33, sancendo già negli anni '90 il diritto dei singoli al risarcimento del danno subito a causa di una condotta anticoncorrenziale, dimostra la rilevanza dell'interesse protetto in seno all'ordinamento giuridico la cui violazione, come ricorda anche la Cassazione⁴¹⁶, "*integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art 2043 c.c.*" indi per cui "*il consumatore finale, che subisce un danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione a "monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno*" ex art. 33 della L. 287/1990.

Nonostante l'impostazione assolutamente pubblicistica della legge antitrust, l'inserimento dell'art. 33 testimonia e dimostra che già allora era manifesta l'esigenza di completare con strumenti privatistici la tutela pubblicistica apprestata tramite l'azione dell'AGCM.

L'azione dell'Autorità garante finalizzata al controllo del funzionamento del mercato, si articola in 4 fasi: l'accertamento dei fatti; la contestualizzazione della norma antitrust; la verifica della possibilità di sussunzione degli stessi in una fattispecie prevista da una norma posta a tutela della concorrenza; l'inflizione della sanzione⁴¹⁷.

⁴¹³ Nei trattati istitutivi di Roma delle comunità europee tali previsioni erano inserite negli artt. 85 e 86

⁴¹⁴ Questo art. introduce il Capo I della legge, intitolato "istituzione dell'Autorità", del Titolo II, "istituzione e compiti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato"

⁴¹⁵ La sezione speciale è prevista dall'art 1 del d.lgs.26 giugno 2003 n. 168 che è richiamato dall'art 33, comma 2, della L. 287/1990

⁴¹⁶ Cassazione, Sezioni unite civili, 30 dicembre 2021 n. 41994

⁴¹⁷ Consiglio di stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, punto 1.3.1

Il potere dell'Autorità di accertare l'eventuale infrazione degli artt. 2 e 3 della L. 287/1990, trasposizione in ambito nazionale delle disposizioni *ex artt.* 101 e 102 TFUE, si declina attraverso gli artt. 12 e 14 della legge *antitrust*. Questi ultimi disciplinano rispettivamente i poteri di indagine e lo svolgimento dell'attività istruttoria da parte dell'autorità.

È bene sin da subito precisare che essa può agire d'ufficio o a seguito di denuncia⁴¹⁸ di operatori del mercato interessati. A proposito della denuncia, qualora questa pervenga da parte di imprese protagoniste di cartelli segreti, fattispecie portatrice di una notevolissima distorsione della concorrenza e quindi di un elevato grado di disvalore sociale, accompagnato dalla difficoltà di scoperta dell'illecito e ottenimento di informazioni in ragione dell'assoluta segretezza dell'accordo, per le stesse è prevista la possibilità di accedere al cosiddetto programma di clemenza, previsto dagli artt. 15 *bis* e ss. introdotti dal d.lgs. 185/2021⁴¹⁹.

Tali disposizioni statuiscano la possibilità, per le imprese denunciante, di vedere ridotte o non applicate le sanzioni previste dalla legge *ex art* 15, a determinate condizioni dettate dall'art 15 *quater*, ai sensi del quale i requisiti per poter beneficiare del sistema premiale consistono nell'aver dismesso la propria partecipazione dal cartello segreto e nel collaborare genuinamente e in maniera continuativa con l'AGCM.

A riguardo dei poteri di indagine dell'Autorità, l'art 12 prescrive che essa proceda a istruttoria per verificare l'esistenza di infrazioni degli artt. 2 e 3 della stessa legge relativi all'intesa restrittiva e all'abuso di posizione dominante, usufruendo a valutando gli elementi in sua disponibilità o quelli provvisti da soggetti interessati, nonché da pubbliche amministrazioni.

Il successivo art. 14 disciplina nel dettaglio l'attività istruttoria, consentendo all'AGCM di perpetrarla in via significativamente pervasiva, ma sempre nel rispetto del principio del contraddittorio, in virtù del quale il comma 1 dispone che l'avvio dell'istruttoria sia notificato all'impresa e agli enti interessati i cui titolari o legali rappresentanti hanno diritto a essere sentiti "*personalmente o a mezzo di procuratore speciale*" e viene loro conferita anche la facoltà di presentare deduzioni e pareri in ogni stadio dell'istruttoria, nonché quella di essere nuovamente ascoltati prima della chiusura dell'istruttoria stessa. Tale prescrizione si pone in perfetta coerenza con la statuizione, ora esplicitamente contenuta *ex art.* 12, comma 1 *quater*, secondo la quale tutti i procedimenti connessi alla violazione degli art 2 e 3 della legge, nonché l'istruttoria, siano da effettuarsi nel rispetto dei principi generali del diritto unionale e dei diritti fondamentali della CDFUE (Carta dei Diritti

⁴¹⁸ Tale previsione è contenuta nell'art 5 del regolamento 2003/1/CE

⁴¹⁹ D.lgs. 8 novembre 2021 n. 185, attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno

Fondamentali dell'Unione Europea), di cui quello al contraddittorio fa parte, in quanto inserito nell'art. 41 della stessa Carta.

Nell'esercitare i suoi poteri istruttori, l'Autorità può: chiedere informazioni, richiedere l'esibizione di documenti rilevanti ai fini dell'accertamento alle imprese soggette a indagine o alle persone fisiche in grado di fornire quanto necessario⁴²⁰, procedere con audizioni⁴²¹, disporre perizie ed analisi economiche statistiche nonché consultare esperti che possano chiarire concetti rilevanti nell'ambito dell'indagine in essere⁴²², effettuare ispezioni, ai fini delle quali le è permesso accedere nei locali delle imprese indagate, acquisire materiale rilevante, controllare documenti cartacei o in formato elettronico utili all'accertamento e produrne o acquisirne copia, apporre sigilli e chiedere a chiunque rappresenti o lavori come dipendente dell'impresa informazioni sui fatti o sui documenti oggetto di controllo al fine di raccogliere tutti gli elementi idonei ad accertare la sussistenza o meno dell'illecito distorsivo della concorrenza⁴²³.

L'accertamento ispettivo che si sostanzia nell'accesso in locali diversi da quelli suddetti afferenti all'impresa, in ossequio all'art. 14 della Costituzione, è esercitabile solo previa emanazione di un decreto autorizzatorio motivato da parte del Procuratore della Repubblica⁴²⁴.

Ai fini della concretizzazione e attuazione delle disposizioni antitrust previste dall'UE, al di là dei poteri di indagine, è risultato fondamentale conferire all'AGCM poteri connessi alla fase successiva all'accertamento, cui si accede se, a seguito del completamento dell'istruttoria, sia emersa un'infrazione rilevante ai sensi degli artt. 2 e 3 della legge antitrust.

L'art 15 dispone che, qualora l'Autorità abbia accertato la violazione degli artt. 101 e 102 TFUE da cui le disposizioni della legge nazionale discendono, essa ha il potere di inviare diffide e comminare sanzioni alle imprese risultate responsabili dei comportamenti anticoncorrenziali vietati.

La diffida è lo strumento con cui l'Autorità invia alle imprese colpevoli della violazione degli artt. 101 e 102 del TFUE, trasposti negli artt. 2 e 3 della legge nazionale, una determinazione contenente il termine entro cui far cessare l'illecito o, se già cessato, il divieto della sua reiterazione.

Al fine di raggiungere tali scopi, sempre il comma 1 dell'art. 15 prevede che l'AGCM possa "imporre l'adozione di qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato all'infrazione commessa e necessario"⁴²⁵ affinché essa si interrompa definitivamente.

Nel rispetto del principio di proporzionalità, l'Autorità sceglie, tra i rimedi efficaci al fine stabilito, quello che aggravi di minori oneri l'impresa destinataria della prescrizione.

⁴²⁰ Art. 14, comma 2, L. 287/1990

⁴²¹ Art. 14, comma 2 *bis*, L. 287/1990

⁴²² Art 14 comma 2 *ter*, L. 287/1990

⁴²³ I poteri istruttori dell'AGCM sono disciplinati dagli artt. 12 ss. della L. 287/1990

⁴²⁴ Art 14, commi 2 *quinquies* e 2 *sexies*, L. 287/1990

⁴²⁵ Art 15, comma 1, secondo periodo, L.287/1990

Il comma 1 *bis* dell'art. 15 conferisce all'AGCM, inoltre, il potere di comminare sanzioni entro il 10% del fatturato dell'impresa, o associazione di imprese, risultato dal bilancio approvato dell'ultimo esercizio precedente alla data di notificazione della diffida⁴²⁶.

A proposito della diffida, è bene analizzare il menzionato secondo periodo dell'articolo, introdotto di recente al fine di efficientare l'azione dell'Autorità in materia di rimozione degli effetti distorsivi della concorrenza prodottisi in conseguenza del comportamento illecito ricostruito e accertato mediante l'istruttoria.

La diffida, come rilevato anche dalla giurisprudenza amministrativa, essendo funzionale all'eliminazione dell'infrazione in corso o al divieto di una sua reiterazione, è un atto dovuto dall'Autorità, strumentale alla rimozione non solo dei comportamenti illeciti oggetto della violazione antitrust, ma anche delle conseguenze anticoncorrenziali, ingiungendo alle imprese di non riproporli. La possibilità di inserire nella diffida l'intimazione a porre in essere comportamenti o modifiche strutturali atte a rimuovere gli effetti anticoncorrenziali dell'illecito accertato era già stata legittimata dal Consiglio di Stato che, a tal fine, imponeva un'adeguata motivazione nonché la precisa indicazione delle misure da attuare allo scopo preposto, che siano delineate nel rispetto del principio di proporzionalità, anche alla luce di un'attenta valutazione delle diverse posizioni delle parti interessate⁴²⁷.

Oggi, grazie alla modificazione apportata all'art. 15 da parte del d.lgs. 185/2021⁴²⁸, il comma 1 dell'art. 15 legittima l'AGCM a imporre alle imprese protagoniste dell'infrazione concorrenziale l'attuazione di rimedi idonei a eliminare l'alterazione del mercato da esse prodotta.

È da evidenziare che l'art. 15 conferisce all'Autorità la facoltà di scegliere tra la prescrizione di rimedi comportamentali, ovvero strutturali.

A proposito della differenza tra le diverse misure concepite, l'art. 7, paragrafo 1, del regolamento del 2003 specifica che l'imposizione di rimedi strutturali i quali, in quanto tali, incidano sull'assetto organizzativo dell'impresa colpevole dell'illecito anticoncorrenziale, sia da subordinare alla previa verifica che non siano adottabili soluzioni meno onerose, ma comunque adeguate all'eliminazione degli effetti lesivi della concorrenza.

Con tale precisazione, oggi non inserita nella direttiva del 2019 da cui il d.lgs. 185/2021 deriva, si sottintende la maggiore onerosità gravante sull'impresa nel caso in cui l'Autorità decida di ingiungere all'impresa la realizzazione di rimedi strutturali. L'assenza, nell'atto più recente, di questa specificazione, non è da sopravvalutarsi, in quanto alla stessa conclusione conduce la corretta

⁴²⁶ Con riguardo alle concrete modalità di determinazione del *quantum* delle sanzioni, l'AGCM ha delineato i criteri nelle Linee Guida del 2014, inserite nella delibera 22 ottobre 2014 n. 25152

⁴²⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, punto 7.2.

⁴²⁸ D.lgs. 8 novembre 2021 n. 185.

applicazione del principio di proporzionalità alla luce del quale l'autorità deve vagliare tutte le posizioni che essa ritenga di assumere⁴²⁹.

Tale pervasivo potere conferito all'Autorità, qualora sfruttato sapientemente dalla stessa tramite una specifica indicazione dei rimedi da questa ritenuti adeguati e funzionali alla rimozione delle conseguenze anticoncorrenziali dei comportamenti, è idoneo a incidere direttamente sui rapporti contrattuali nati in ragione, e quale attuazione, dell'intesa vietata, i contratti cosiddetti a "valle" di cui si è parlato in precedenza.

In proposito, è da sottolineare l'irrelevanza della sussunzione dell'illecito nell'art 101 o 102 del TFUE. Sia che il comportamento a "monte" costituisca un accordo idoneo a falsare la concorrenza, sia che si sostanzi nell'abuso di una posizione dominante, l'AGCM potrà esercitare il potere di cui all'art 15, comma 1, secondo periodo, della L. 287/1990, incidendo sugli atti conseguenti attraverso cui si attua e si concretizza l'effetto anticoncorrenziale voluto⁴³⁰.

L'eliminazione dello stesso attraverso l'implementazione delle misure prescritte dalla diffida, deve avvenire nei termini da questa indicati, pena l'aumento del valore minimo della sanzione infliggibile, che parte almeno dal doppio del valore dell'ammenda già inflitta⁴³¹.

Ciò posto, emerge chiaramente l'invasività dei poteri assegnati all'Autorità, soprattutto a seguito del recepimento della direttiva 2019/1/UE tramite il d.lgs.185/2021, la cui portata testimonia la necessità di un'azione efficace che prevenga o rimedi il prima possibile all'alterazione del sistema concorrenziale su cui si fonda il mercato Europeo.

La riforma del 2021 ha modificato, tra gli altri, gli artt. 12, 14 e, come visto, 15. I primi due sono stati notevolmente integrati attraverso l'aggiunta o la modifica di commi già esistenti al fine di specificare in maniera dettagliata i poteri istruttori, lo svolgimento del contraddittorio, i tipi di prove ammesse durante l'accertamento. Importante precisazione è stata quella del nuovo comma 1 *quater* inserito nell'art. 12 il quale, come già accennato, ha previsto che i procedimenti istruttori rivolti all'accertamento delle infrazioni delle norme antitrust, in particolare gli artt. 101 e 102 TFUE trasposti negli artt. 2 e 3 della L. 287/1990, devono essere esperiti nel rispetto dei principi fondamentali del diritto unionale.

⁴²⁹ L'art 10, paragrafo 1, della Direttiva 2019/1/UE statuisce che: "al momento di scegliere tra due rimedi ugualmente efficaci, le autorità nazionali garanti della concorrenza devono optare per il rimedio meno oneroso per l'impresa, in linea con il principio di proporzionalità"

⁴³⁰ Si veda in proposito, C. Lo Surdo, *La recente pronuncia delle Sezioni Unite sulla nullità parziale dei contratti di fideiussione omnibus a valle di un'intesa anticoncorrenziale. Alcuni spunti di riflessione su private e public enforcement antitrust*, in Osservatorio del diritto civile e commerciale, fascicolo n. 1, gennaio 2022.

⁴³¹ Art. 15, comma 2, L. 287/1990

In ragione di ciò, deve essere rispettato il principio del contraddittorio, enunciato dall'art 14 comma 1, nonché il principio di proporzionalità che funge da metro di valutazione di ogni misura adottata dall'Autorità, la quale deve risultare in ogni caso coerente con quanto accertato.

Proprio ai fini di un accertamento quanto più possibile pieno e certo, la riforma del 2021 introduce all'art 14 i commi da 2 bis a 2 octies e commi 6, 7 e 8 che accrescono i poteri istruttori consentendo l'effettuazione di accessi e ispezioni, l'inflizione di penalità di mora avverso le imprese e le persone fisiche che non collaborino nel procedimento di accertamento dei fatti illeciti in quanto ritardatari nel fornire informazioni, nel presentarsi all'audizione o per aver ostacolato rifiutato di sottoporsi all'ispezione.

La stessa riforma, nell'introdurre il comma 2 *septies* all'art 14 della L. 287/1990, ha previsto la possibilità che l'AGCM si avvalga della collaborazione della Guardia di Finanza, o di altri organi dello Stato, per la perpetrazione dell'attività ispettiva, ispezioni che sono tipiche dello svolgimento delle funzioni del suddetto corpo militare nazionale. Ciò testimonia che, sebbene l'Autorità goda di ampia autonomia nello svolgimento delle proprie prerogative, la legge consenta comunque la collaborazione con altri corpi dello Stato, al fine di accrescere l'efficienza e condurre verso un sempre maggiore perfezionamento dell'attività istruttoria che garantisce una più corretta salvaguardia dell'interesse tutelato, interesse appartenente allo Stato nella sua interezza, per questo protetto mediante un'azione che sia il più possibile coerente, certa e unitaria.

Ciò detto, si passerà ora ad analizzare in maniera più organica il ruolo di garanzia dell'autorità indipendente preposta alla tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato. L'implementazione dell'efficacia dell'azione delle Autorità garanti nazionali costituisce l'esigenza sottesa all'adozione della direttiva 2019/1/UE, necessità di cui la Commissione aveva già rilevato l'urgenza in una sua comunicazione del 2017⁴³².

La direttiva ha dato velocemente seguito alla comunicazione della Commissione in cui venne inserita la proposta relativa all'atto legislativo⁴³³.

La direttiva è specificamente rivolta ad armonizzare le discipline nazionali inerenti alla costituzione, al funzionamento e ai poteri delle autorità garanti nazionali nonché al miglioramento del coordinamento in seno alla rete europea della concorrenza al fine di perseguire gli obiettivi connessi alla tutela della concorrenza stessa e al rafforzamento del mercato interno, che senza l'assetto concorrenziale delineato non esisterebbe⁴³⁴.

⁴³² Comunicazione della Commissione, COM (2017) 142, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno

⁴³³ COM/2017/0142 final – 2017/063 (COD), 22 marzo 2017

⁴³⁴ L. Baroni, S. D'Ancona, P. Provenzano, *Il rafforzamento dell'azione delle autorità nazionali garanti per la concorrenza. Un nuovo impulso dall'Unione Europea*, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, nn. 3 e 4, 2019

Le disposizioni in cui si articola l'atto legislativo unionale accrescono la rilevanza dell'azione delle autorità antitrust nazionali al fine di efficientare l'operato delle autorità stesse e scongiurare il crollo dell'efficacia del *public enforcement* a causa delle divergenze nazionali in ordine ai poteri e alle competenze assegnate da ogni Stato membro al proprio organo preposto al controllo del rispetto della normativa *antitrust*.

Nel considerando n. 1, la direttiva esprime immediatamente la necessità di una applicazione efficace degli artt. 101 e 102 del TFUE, al fine di scongiurare l'insorgenza di fenomeni distorsivi della concorrenza che alterino il funzionamento del mercato interno. Il considerando n. 2, segue precisando che la competenza pubblicista all'attuazione degli articoli suddetti spetta alle autorità garanti parallelamente alla Commissione, per come già previsto da regolamento 1/2003.

La direttiva rileva, però, come tale importante compito spesso non possa essere perpetrato efficacemente a causa della mancanza, in capo all'autorità, della giusta garanzia di indipendenza, per la quale è necessario fornirle penetranti poteri di indagine rivolti all'accertamento e alla prova della sussistenza di un'infrazione per poi, eventualmente, dare seguito alle previsioni normative che comminano ammende in ragione della condotta tenuta. L'assenza dei giusti poteri, nonché dell'indipendenza e delle risorse necessarie, conduce spesso a un'astensione dall'azione da parte delle autorità nazionali⁴³⁵.

La debolezza dell'Autorità si riflette nell'indebolimento della rete europea in quanto emerge l'impossibilità delle autorità degli altri Stati membri di far affidamento in un loro omologo che non sia dotato dell'indipendenza e dei poteri strumentali a perseguire il comune scopo di salvaguardia della concorrenza⁴³⁶.

In virtù di tale scopo, la direttiva analizza l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE e del diritto nazionale che deriva da queste disposizioni, ma anche le lacune che si rinvengono tra gli strumenti e le garanzie a disposizione delle autorità nazionali, la cui carenza inficia l'efficace implementazione delle norme a tutela della concorrenza. Tutto ciò risulta funzionale alla delineazione di una disciplina che attribuisce alle Autorità nazionali il giusto grado di indipendenza, nonché le dovute prerogative in ordine ai poteri di indagine e le risorse necessarie per esercitarli, scongiurando così di provvedere a fornire alle autorità le giuste garanzie di indipendenza, nonché i poteri e le risorse necessarie a scongiurare distorsioni della concorrenza⁴³⁷.

Ciò posto, bisogna rilevare l'importanza rivestita, ai fini dell'efficacia dell'azione pro concorrenziale e di controllo da praticare da parte delle autorità nazionali, dalla garanzia di indipendenza, spesso

⁴³⁵ Considerando n. 5 direttiva 2019/1/UE

⁴³⁶ Considerando n. 7 direttiva 2019/1/UE

⁴³⁷ Art. 1 paragrafo 1, direttiva 2019/1/UE

ritenuta quale caratteristica scontata della stessa, appartenente in Italia al novero delle autorità indipendenti.

Tuttavia, nonostante la suddetta qualificazione, durante diversi giudizi instaurati dinanzi alla CGUE⁴³⁸, è emersa più volte la carenza di tale prerogativa, il che ha indotto l'UE a formulare una disposizione apposita all'interno della direttiva in parola, l'art 4, rubricato "*indipendenza*".

Ai sensi di tale previsione, gli Stati membri devono provvedere a far sì che le Autorità da essi costituite al fine di tutelare la concorrenza agisca in modo imparziale, senza pregiudicare la stretta cooperazione con le autorità costituite in altri ordinamenti nazionali. Le decisioni assunte a proposito della constatazione o cessazione delle infrazioni, misure cautelari, impegni, ammende irrogate a imprese o associazioni di imprese, penalità di mora⁴³⁹, devono essere assunte da soggetti distanti e scevri da contaminazioni e ingerenze da parte del potere politico e che si astengano dall'agire in maniera difforme ai poteri a essi conferiti per l'applicazione delle norme unionali *antitrust*.

Sempre nell'ottica di garantire la maggiore indipendenza possibile, la direttiva si premura di specificare che i componenti dell'autorità devono essere scelti a seguito dell'esperimento di procedure che rechino i caratteri di chiarezza e trasparenza, previste in anticipo dal diritto nazionale⁴⁴⁰.

La sussistenza di un così importante requisito, quale quello dell'indipendenza, in capo alle autorità garanti nazionali, è foriera di una corretta applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE improntata all'efficacia e all'uniformità volute dalla disciplina europea⁴⁴¹.

Alla garanzia di indipendenza si affianca la necessità che le autorità suddette dispongano delle risorse umane, finanziarie e tecnologiche indispensabili per un esercizio delle funzioni cui sono preposte che si riveli coerente ed efficace rispetto all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE. Gli Stati membri, in proposito, assicurano anche l'indipendenza delle Autorità nell'utilizzo delle risorse finanziarie assegnate per l'implementazione dei compiti loro conferiti⁴⁴².

Le previsioni unionali in ordine all'indipendenza e alla gestione di risorse proprie sono trasposte a livello nazionale nell'art. 10 della L. 287/1990 che, dopo aver ufficialmente sancito l'istituzione dell'AGCM, con l'aggiunta dei commi 3 *bis* e *ter* da parte del d.lgs.185/2021, attuativo della direttiva in questione, prevede che i membri e il personale dell'Autorità "*svolgono i loro compiti ed esercitano i loro poteri ai fini dell'applicazione della legge e degli artt. 101 e 102 TFUE*" garantendo che siano

⁴³⁸ Si vedano in proposito Corte di giustizia, Grande sezione, 16 ottobre 2012, ECLI:EU:C:2012:631, C- 614/10; Grande sezione, 8 aprile 2014, ECLI:EU:C:2014:237, C -288/12,

⁴³⁹ Corrispondenti alle disposizioni contenuti negli artt. 10, 11, 12, 13 e 16 della Direttiva. L'elencazione delle possibili decisioni appannaggio dell'autorità garante è contenuta nell'art 5 del regolamento comunitario del 2003

⁴⁴⁰ Art. 4 paragrafo 4 direttiva 10/2019/UE

⁴⁴¹ Si veda considerando n. 17 della direttiva 2019/1 a proposito del legame tra indipendenza e applicazione uniforme e efficace delle norme antitrust

⁴⁴² Art. 5 paragrafo 3, direttiva 1/2019/UE

perpetrati indipendentemente da qualsiasi tipi do ingerenza politica o, comunque, intrusioni provenienti dall'esterno, che non derivino da sollecitazioni provenienti dal Governo o da altri soggetti pubblici o privati e che non sconfinino in un'azione che si riveli incompatibile con lo scopo attuativo delle norme antitrust unionali⁴⁴³.

A tal fine, è anche previsto che l'Autorità predisponga un codice di condotta⁴⁴⁴ che assurge a riferimento e guida per i dipendenti atti in concreto allo svolgimento delle funzioni cui l'autorità stessa è preposta.

Per quanto concerne l'utilizzo di risorse proprie, l'art 10 statuisce, al comma 6, che l'Autorità sia provvista di autonomia finanziaria, contabile, organizzativa. Ciò consente la completa indipendenza nella gestione del personale, delle carriere, delle risorse finanziarie e dell'organizzazione in ordine al suo concreto funzionamento.

Per quanto concerne le modifiche degli artt. della L 287/1990 relativi ai poteri di indagine e istruttori dell'Autorità, incentrati sulla specificazione delle attività esercitabili da questa nella fase istruttoria ai fini dell'accertamento delle infrazioni, esse derivano, come detto, dalla direttiva in parola che agli artt. 6 ss. disciplina i poteri ispettivi, la richiesta di informazioni, la convocazione in audizione che sono oggi disciplinate per come prima spiegato nell'ambito della legge nazionali antitrust.

Seguendo, in merito al potere decisionale conferito all'Autorità, essa è abilitata ad assumere le decisioni previste e dettagliatamente disciplinate⁴⁴⁵ dagli artt. da 10 a 13 e 16 della direttiva.

Quest'ultima conferma, come riportato a proposito della trasposizione nazionale, che l'azione dell'Autorità e le relative decisioni devono ispirarsi e rispettare il principio di proporzionalità⁴⁴⁶.

È da precisare, che l'autonomia delle autorità nazionali nello svolgimento del procedimento istruttorio e nell'adozione delle decisioni afflittive connesse, non si rivela ugualmente ampia qualora, a seguito dell'istruttoria, l'Autorità ritenga insussistente l'infrazione. In tal caso, riemerge la supremazia della Commissione, sempre temperata dai principi di cooperazione e leale collaborazione, in quanto l'art 10 par 2 della direttiva prevede che le Autorità nazionali informino la Commissione. Ciò consente all'istituzione sovranazionale di verificare i motivi sottesi alla volontà di chiusura del procedimento da parte dell'Autorità nazionale e di controllare il lavoro svolto, ferma restando la possibilità della Commissione di riaprire il procedimento nel caso in cui non sia convinta dalla motivazione offerta dal garante. Questo consente un'informazione completa dell'autorità europea, relativa all'avvio del procedimento istruttorio, all'adozione di decisioni sfavorevoli e, ora, alla

⁴⁴³ Art. 10, comma 3 *bis*, L. 287/1990

⁴⁴⁴ Art. 10 comma 3 *ter*, L. 287/1990

⁴⁴⁵ La disciplina degli artt. 10 ss reca un livello di dettaglio che voleva sopperire alla genericità con cui gli stessi provvedimenti erano previsti dal regolamento 2003/1/CE *ex art.* 5

⁴⁴⁶ Come detto in precedenza, la direttiva del 2019 manca di precisare, come fa l'art 7 paragrafo 1 del regolamento del 2003, che i rimedi strutturali si intendono quali più onerosi per l'impresa rispetto a quelli comportamentali.

comunicazione della rilevazione in ordine all'insussistenza dell'infrazione, per il cui accertamento si stava indagando⁴⁴⁷.

I poteri dell'Autorità garante culminano nella facoltà di infliggere sanzioni nei confronti delle imprese colpevoli dell'illecito anticoncorrenziale, nei limiti della comminazione prevista dalla legge.

L'irrogazione delle ammende costituisce l'apice del sistema di *public enforcement*, delineato in ambito sovranazionale e trasposto nell'ordinamento nazionale.

Ai poteri conferiti alle autorità nazionali, come già detto in generale a proposito dell'interesse alla tutela della concorrenza⁴⁴⁸, si affiancano i poteri direttamente azionabili da parte della Commissione Europea⁴⁴⁹, capo gerarchico della rete instaurata in ambito unionale per la tutela dell'assetto concorrenziale del mercato unico europeo, prevista dal regolamento 1/2003⁴⁵⁰, la quale risulta prodromica al rispetto delle norme menzionate a proposito della cooperazione.

L'assetto predisposto dalla normativa unionale assicura un impianto attuativo delle norme poste a tutela della concorrenza improntato sulla collaborazione tra autorità nazionali e Commissione Europea, nonché sullo scambio delle informazioni via via rilevanti nei casi concreti al fine di portare a termine l'accertamento di una violazione degli artt. 101 e 102 TFUE⁴⁵¹.

Ciò posto, è necessario un breve riferimento a un ulteriore potere attinente alla tutela della concorrenza, esperibile dall'AGCM nei confronti delle pubbliche amministrazioni, ove rintracci l'emanazione da parte di queste ultime di un provvedimento lesivo della norma antitrust e idoneo a falsare il gioco concorrenziale.

Il potere in tal caso esercitabile, disciplinato *ex art. 21 bis* della L.287/1990⁴⁵², si sostanzia in una legittimazione straordinaria ad agire in giudizio avverso provvedimenti o regolamenti di qualsiasi

⁴⁴⁷ La disciplina della cooperazione è contenuta nel capitolo IV del regolamento del 2003, intitolato, appunto, "cooperazione" all'interno del quale, l'introduttivo art. 11 disciplina proprio la collaborazione tra Commissione europea e autorità garanti nazionali.

⁴⁴⁸ Si veda in proposito il paragrafo 1

⁴⁴⁹ I poteri della Commissione in materia antitrust sono previsti dal Regolamento comunitario del 2003 il cui art 4 statuisce che, in ordine all'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE (gli allora artt. 81 e 82 TCE), la Commissione dispone delle competenze previste dal regolamento stesso.

⁴⁵⁰ Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2002, n.1/2003, il quale implementa la disciplina antitrust sovranazionale al fine di scongiurare il più possibile che si realizzino effetti distorsivi della concorrenza tali da alterare il funzionamento del mercato comune

⁴⁵¹ In proposito, l'art. 15 *octies*, L. 287/1990 inaugura il capo II *bis*, intitolato "assistenza investigativa nell'ambito della rete europea della concorrenza, ed è rubricato "Cooperazione investigativa" e disciplina la collaborazione tra le diverse autorità garanti degli Stati membri nell'accertamento di un'eventuale inottemperanza da parte delle imprese destinatarie di diffide, sanzioni, misure cautelari, convocazioni, impegni, a quanto prescritto dall'Autorità.

La collaborazione tra diverse autorità nazionali su impulso della Commissione era già prevista in seno all'art 22 del regolamento 2003/1/CE e viene fortemente ribadita dalla Direttiva del 2019 che in diversi considerando esplicita la necessità di una stretta cooperazione non solo tra le autorità nazionali e la Commissione, ma anche tra le diverse autorità garanti istituite dagli Stati membri

⁴⁵² Introdotto dal D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento di conti pubblici), convertito con modificazioni dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214 (conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), che all'art. 35 dispone l'introduzione dell'art 21 *bis* all'interno della legge antitrust.

pubblica amministrazione, che violino il diritto della concorrenza, ove la stessa amministrazione non si conformi al parere motivato emesso da parte dell'AGCM al fine di indicare le violazioni riscontrate. La legittimazione straordinaria conferita all'Autorità dal comma 1 dell'art. 21 *bis* della legge *antitrust*, deve essere esercitata in conformità con quanto statuito dal comma 2.

È da rigettarsi l'ipotesi, inizialmente avanzata e contraddetta quasi subito dal Consiglio di Stato⁴⁵³, secondo cui il primo comma dell'art. 21 *bis* delinei un'ipotesi di accesso diretto alla sede giurisdizionale, al contrario del comma 2 che sancisce la necessità di una fase pre-contenziosa. Più veritiera è l'interpretazione secondo cui il primo comma attribuisce all'AGCM una "*peculiare legitimatio ad causam*"⁴⁵⁴, consentendole così di perpetrare una pervasiva tutela dell'assetto concorrenziale del mercato, quale interesse di carattere generale, anche nei confronti di provvedimenti afferenti a diversi interessi pubblici, ove questi non giustifichino la portata distorsiva degli stessi.

Il secondo comma, dispone il *modus operandi* relativo all'esercizio del potere su esposto, statuendo la preventiva comunicazione di un parere motivato da parte dell'AGCM, pena l'inammissibilità del ricorso al giudice, che da un lato dia alla Pubblica Amministrazione l'opportunità di conformarsi alle previsioni ivi inserite attraverso l'esercizio di una particolare forma di autotutela decisoria, dall'altro consenta, in conformità con i principi comunitari, di perpetrare un effetto deflattivo rispetto al contenzioso giurisdizionale.

In ragione di ciò, solo ove la pubblica amministrazione non provveda entro 60 gg successivi alla comunicazione del parere a conformarsi a quanto ivi statuito, l'AGCM è legittimata a presentare ricorso dinanzi al giudice amministrativo competente, avverso il provvedimento o l'atto amministrativo generale da cui si origina la violazione del diritto della concorrenza e del mercato.

Tale legittimazione straordinaria⁴⁵⁵ si inserisce nell'alveo delle prerogative dell'Autorità garante della concorrenza e a completamento della tutela dell'interesse cui è preposta, considerata la potenziale portata distorsiva di provvedimenti e regolamenti emanati da parte delle pubbliche amministrazioni la cui contrarietà alle norme antitrust non sia giustificata da ragioni di interesse generale⁴⁵⁶.

Un'ultima considerazione è dovuta in relazione alla lamentata riconduzione di tale legittimazione alla nozione di giurisdizione oggettiva. Al contrario, è da rilevare che, nonostante agisca un'Autorità

⁴⁵³ Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246

⁴⁵⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2023, n. 1760, punto 3.1.5

⁴⁵⁵ la ratio sottesa alla previsione di tale legittimazione ad agire, secondo il Consiglio di Stato, risulta utile all'implementazione dei poteri di enforcement dell'Autorità, per il contrasto degli illeciti anticoncorrenziali (Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1760 che al punto 3.1.1 richiama quanto detto da Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818)

⁴⁵⁶ Corte costituzionale, 20 del 2013

amministrativa indipendente in ragione della tutela di un interesse pubblico, quale quello alla concorrenza, il ricorso giurisdizionale è rivolto alla tutela di una posizione giuridica “*qualificata e differenziata*”, il che consente di escludere che si tratti di un’ipotesi di giurisdizione oggettiva⁴⁵⁷.

Ciò posto, è ora necessario approfondire il tema relativo a quel potere conferito all’AGCM costituente il culmine degli strumenti di *public enforcement* a essa conferiti al fine di tutelare la concorrenza in coerenza con la disciplina europea, ossia il potere sanzionatorio.

2.1 Le sanzioni antitrust.

Le sanzioni⁴⁵⁸ che l’autorità antitrust ha facoltà di irrogare a seguito dell’accertamento della sussistenza di un’infrazione rilevante ai fini degli artt. 101 e 102 TFUE, e quindi degli artt. 2 e 3 della L. 287/1990, sono previste dalla normativa nazionale in ossequio alla disciplina europea, la quale prevede che gli Stati membri debbano regolare la devoluzione del potere afflittivo alle Autorità garanti della concorrenza. Questa facoltà è esercitabile attraverso una decisione assunta durante il procedimento istruttorio o attraverso la richiesta di irrogazione delle sanzioni nell’ambito di un procedimento giurisdizionale, che non sia penale⁴⁵⁹.

Destinatari dell’afflizione sono imprese, o associazioni di imprese, cui siano imputabili, per colpa o dopo, gli illeciti antitrust previsti *ex artt.* 101 e 102 TFUE.

Le sanzioni irrogabili⁴⁶⁰ alle suddette persone giuridiche da parte dell’autorità antitrust non rientrano nell’ambito delle sanzioni penali⁴⁶¹, bensì nel novero delle sanzioni amministrative pecuniarie. L’art. 15, comma 1 *bis* della legge antitrust nazionale, conferisce, infatti, all’AGCM il potere di applicare una “sanzione amministrativa pecuniaria”.

Caratteristiche proprie di queste sanzioni amministrative, però, devono essere quelle di efficacia, proporzionalità e dissuasività⁴⁶². In ragione di tale previsione, la natura afflittiva della decisione sanzionatoria e lo scopo dissuasivo connesso alla necessità di scongiurare che l’illecito anticoncorrenziale si verifichi, piuttosto che alla capacità di rimediare allo stesso, sono temperati dall’inserimento del riferimento al principio di proporzionalità.

⁴⁵⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1760, punto 3.1.4 “motivi della decisione”

⁴⁵⁸ Sulla definizione di sanzione, si veda, N. Bobbio, *Novissimo Digesto XVI*, Torino, 1969, p. 530 asserisce che il termine sanzione rimanda a quelle misure predisposte dall’ordinamento giuridico statale al fine di “rafforzare l’osservanza delle proprie norme e porre rimedio agli effetti dell’inosservanza delle medesime”

⁴⁵⁹ Art. 13, paragrafo 1, della Direttiva n. 1 del 2019

⁴⁶⁰ In ordine al calcolo delle sanzioni irrogabili, si veda anche, M.A. Sandulli, *I criteri per l’applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, in *Federalismi.it*, 21/2010

⁴⁶¹ L’art. 13 paragrafo 1 della direttiva del 2019 specifica che i procedimenti entro i quali l’autorità è ammessa a richiedere l’irrogazione di sanzioni antitrust non possono essere procedimenti penali.

Ancora più chiaramente, l’art. 23, paragrafo 5, regolamento 2003/1/CE specifica che: “le decisioni adottate a norma dei paragrafi 1 e 2 (relativi ai casi in cui la Commissione è legittimata ad infliggere ammende), non hanno carattere penale”.

⁴⁶² Ancora art. 13, paragrafo 1 e paragrafo 3, della direttiva 1/2019

In virtù di ciò, la sanzione comminata dovrà essere vagliata alla luce del test di proporzionalità in ordine alla sua necessarietà e adeguatezza rispetto allo scopo, il che ne limita la portata afflittiva in ragione dell'effettiva gravità dell'infrazione accertata. L'art 15, comma 1 bis della L. 287/1990, dispone, infatti, che l'autorità possa irrogare sanzioni “*tenuto conto della gravità e della durata dell'infrazione*”⁴⁶³. La costante giurisprudenza della Corte di giustizia in proposito afferma che, ai fini della valutazione in ordine alla gravità dell'infrazione commessa, per colpa o dolo, devono prendersi in considerazione fattori quali la dimensione dell'impresa, il vantaggio che la stessa ha conseguito mediante la perpetrazione del comportamento anti competitivo, la minaccia che si riverbera come riflesso della condotta illecita sugli scopi perseguiti a livello unionale⁴⁶⁴, nonché la portata geografica dell'illecito commesso e l'entità dell'intento anticoncorrenziale che da questa può desumersi⁴⁶⁵.

Il coefficiente di gravità così determinato deve consentire l'irrogazione di una sanzione che rispecchi il grado di gravità accertata e sia a esso corrispondente così da rispettare la proporzionalità richiesta dalla direttiva, ai fini della quale è anche da valutarsi il complesso delle circostanze proprie del caso concreto⁴⁶⁶.

A proposito della valutazione in ordine alla gravità, questa, dopo essere stata compiuta da parte dell'autorità a ciò preposta, è sindacabile ampiamente da parte del giudice amministrativo. Il Consiglio di Stato ha stabilito, infatti, che il giudice possa annullare in tutto o in parte il provvedimento di comminazione delle sanzioni pecuniarie, nonché rimodulare l'entità delle sanzioni stesse ove ravvisi difformità del provvedimento rispetto alla legge ovvero risulti illogico o iniquo. La rideterminazione dell'ammontare dell'ammenda dovuta da parte del giudice amministrativo, segue

⁴⁶³ Art 15, comma 1 *bis*, primo periodo, L. 287/1990. Norma dalla stessa portata era contenuta in: art 15 n. 2 del Regolamento 62/17/CEE, primo regolamento d'applicazione degli artt. 85 e 86 del trattato (disposizioni del trattato di Roma inerenti alle intese anticoncorrenziali e all'abuso di posizione dominante); art. 23 paragrafo 3 del regolamento 2003/1/CE; art 14 paragrafo 1 della direttiva 2019/1/UE.

⁴⁶⁴ Corte di Giustizia, prima sezione, 19 marzo 2009, ECLI:EU:C:2009:166, C-510/06, punto 73

In tale pronuncia la Corte afferma anche che, ai fini della prova della partecipazione di un'impresa a un'intesa anticoncorrenziale, basta dimostrare la presenza della stessa in una riunione in cui si siano conclusi accordi anticoncorrenziali, punto 119. In proposito lo stesso punto richiama: Corte di Giustizia, quinta sezione, 7 gennaio 2004 sulle cause riunite C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-213/00, C-217/00, C-219/00, ECLI:EU:C:2004:6.

Anche la giurisprudenza nazionale, considerata la natura dell'illecito antitrust quale fattispecie di pericolo che non consente di porre a carico dell'Autorità un onere della prova degli effetti di un'intesa che abbia un chiaro oggetto anticompetitivo, legittima la prova della partecipazione ad intese restrittive della concorrenza solo tramite un “compendio probatorio di natura indiziaria, ovvero un complesso di prove esclusivamente indirette, purchè queste possano essere significative al pari di una prova rappresentativa”, Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2023 n. 1947. Sempre il Consiglio di Stato, in una sentenza di poco precedente quest'ultima, afferma che “la prova della pratica concordata... può essere indiziaria, purchè gli indizi siano gravi, precisi e concordanti, con la precisazione che la circostanza che la prova di indiretta (o indiziaria) non comporta necessariamente che la stessa abbia una forza probatoria attenuata”, Consiglio di Stato, sez. VI, 12 gennaio 2023, n. 417

⁴⁶⁵ A proposito della valutazione della gravità dell'infrazione, si vedano: Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, C-42/21, ECLI:EU:C:2023:12, punti 143, 144, 146 e 155; Corte di giustizia, 12 novembre 2019, C-261/18, ECLI:EU:C:2019:955, punti 114, 115 e 133;

⁴⁶⁶ Corte di Giustizia, terza sezione, 12 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:12, C-42/21, punto 35

gli stessi canoni imposti dalla legge all'AGCM, ossia quello della valutazione della gravità dell'infrazione, della sua durata, il tutto rapportato al principio di proporzionalità⁴⁶⁷.

Il parametro della gravità del comportamento illecito accertato risulta dunque necessario alla prodromica valutazione in ordine alla debenza e all'entità della sanzione da irrogare nei limiti di legge⁴⁶⁸.

Il rapporto di stretta funzionalità tra la valutazione di gravità e il calcolo dell'entità della sanzione che l'impresa sarà tenuta a pagare, nei termini indicati dallo stesso provvedimento di irrogazione, impone quindi un'attenta analisi delle circostanze e dell'effettivo impatto dell'illecito sul mercato e sui consumatori, parte debole del rapporto commerciale.

Ai fini della valutazione in ordine all'inflizione della sanzione e alla sua entità, l'art 14 della direttiva del 2019 statuisce la possibilità per le Autorità nazionali garanti della concorrenza di tener conto, in ordine alla quantificazione dell'ammenda da infliggere, degli importi che l'impresa ha già eventualmente versato a seguito dell'esperimento di una transazione consensuale. Quest'ultima, disciplinata dagli artt. 18 e 19 della direttiva 2014/104/UE, consente la composizione consensuale delle controversie relative al risarcimento del danno subito a seguito di un illecito anticoncorrenziale ed è motivo di sospensione del termine di prescrizione relativo all'esercizio dell'azione di risarcimento stessa⁴⁶⁹.

La direttiva del 2019, anche con riguardo alle sanzioni, pur riproducendo i comportamenti sanzionabili già previsti dal regolamento, ricerca la dotazione di maggiori poteri alle autorità garanti nazionali e, coerentemente con le finalità proprie di questo tipo di provvedimento legislativo comunitario, è rivolta ad armonizzare la disciplina nell'area UE.

⁴⁶⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199.

⁴⁶⁸ L'importo massimo della sanzione irrogabile discende dalle previsioni del regolamento 2003/1/CE, art. 23 paragrafo 2; dalla direttiva 2019/1/UE, art 15 paragrafo 1 e dall'art 15, comma 1 bis, della L.287/1990 è stabilito rientrare nel 10% del fatturato risultante dal bilancio approvato nell'ultimo esercizio anteriore alla decisione dell'autorità

⁴⁶⁹ Artt. 18 e 19 della direttiva 2014/104/UE, inseriti nel capo VI della direttiva, intitolato "composizione consensuale delle controversie". Di tale istituto l'art 18 disciplina l'effetto sospensivo con riguardo ai termini di prescrizione previsti dall'ordinamento nazionale per la proposizione dell'azione di risarcimento del danno; l'art. 19 regola invece gli effetti che la conclusione di una transazione consensuale produce sulle successive azioni di risarcimento, prevedendo: al par 1 che la richiesta del soggetto danneggiato che abbia concluso con uno dei coautori una transazione consensuale sia privata della parte del danno oggetto di composizione consensuale; al paragrafo 2 che la restante parte della domanda sarà rivolta solo ai coautori del comportamento illecito che non abbiano partecipato alla transazione e che, per tale ragione, non possono chiedere ai coautori partecipanti un contributo per il risarcimento del danno restante; al paragrafo 3 si introduce una deroga alla statuizione dell'ultimo periodo del paragrafo 2 nel caso in cui i coautori non partecipanti alla transazione non siano in grado di risarcire il danno restante, a meno che tale deroga non sia espressamente esclusa dalla transazione consensuale; al paragrafo 4 si stabilisce che ei giudici, nel determinare l'importo da versare per il risarcimento da parte di ogni coautore, terrà conto degli importi versati a seguito di una transazione consensuale.

La statuizione che impone agli Stati membri di conferire all'Autorità garante la facoltà di computare gli importi versati a seguito di tale composizione consensuale ai fini del calcolo dell'ammenda dovuta è contenuta nell'art 14, paragrafo 2 della direttiva n. 1 del 2019.

I casi in cui il potere sanzionatorio può essere esercitato sono previsti dall'art 13 della direttiva del 2019, il quale ripropone quanto statuito dall'art 23 del regolamento comunitario del 2003⁴⁷⁰.

All'irrogazione di una sanzione calcolata in base ai criteri di cui si è parlato, segue l'obbligo dell'impresa di assolvere al pagamento nel termine individuato dall'Autorità.

A proposito di ciò, qualora l'ammenda sia rivolta a un'associazione di imprese che non risulti solvibile rispetto all'importo inflitto, essa è tenuta a richiedere ai propri membri un contributo idoneo a coprire l'ammontare della sanzione⁴⁷¹. Qualora i membri non effettuino il versamento all'associazione della parte a loro spettante per concorrere alla copertura dell'importo, entro il termine stabilito dall'Autorità, questa può ingiungere al pagamento direttamente una delle imprese i cui rappresentanti siano membri degli organi decisionali dell'associazione. Ove non sia evasa neanche questa richiesta, l'Autorità garante può richiedere il pagamento a qualsiasi impresa associata, operante nel mercato in cui si è verificata l'infrazione anticompetitiva ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE.

L'ingiunzione del pagamento effettuata direttamente nei confronti delle imprese non si può esigere qualora tali imprese dimostrino di: non aver attuato la decisione dell'associazione che ha costituito l'infrazione; essere ignare dell'esistenza dell'infrazione stessa; essersi “attivamente dissociate” dall'infrazione prima che l'Autorità avviasse l'indagine rivolta al suo accertamento⁴⁷².

In ambito nazionale, tali norme sono contenute nel disposto dell'art 15 comma 1 *ter* introdotto dal d.lgs. 185/2021, in quanto nel periodo antecedente la direttiva del 2019, il regolamento vigente del 2003 non necessitava di una trasposizione interna delle disposizioni ivi contenute, considerata la sua diretta applicabilità negli ordinamenti interni.

Il comma 2 dell'art 15 della L. 287/1990 stabilisce, inoltre, che in caso di inottemperanza alla diffida prevista dal precedente comma 1, che si traduce nel non dar seguito all'ingiunzione pervenuta dall'AGCM che impone all'impresa, o all'associazione di imprese, autrice del comportamento illecito, l'attuazione dei rimedi comportamentali o strutturali ritenuti necessari all'eliminazione degli effetti anti competitivi prodotti dall'infrazione, l'Autorità commina una sanzione il cui importo risulti

⁴⁷⁰ I comportamenti dell'impresa che conducono alla possibilità di esercizio del potere sanzionatorio, adottati con dolo o colpa, sono all'art 13 della direttiva 1 del 2019: 1) non conformarsi all'accertamento ispettivo previsto dall'art 6 paragrafo 2 della direttiva stessa; 2) siano stati infranti i sigilli apposti dai funzionari o da altri soggetti autorizzati o designati dall'autorità nazionale garante della concorrenza; 3) fornire una risposta inesatta, fuorviante o incompleta da parte dei dipendenti o rappresentanti cui siano richieste spiegazioni dall'autorità ai sensi dell'art 6, paragrafo 1 lett. e); 4) forniscano informazioni inesatte, incomplete, fuorvianti alla richiesta delle informazioni necessarie all'applicazione degli artt. 101 e 102TFUE da parte dell'autorità; non presentarsi all'audizione disciplinata dall'art 9; non ottemperare a una decisione disciplinata agli artt. 10, 11 e 12, ossia alle decisioni di constatazione e cessazione delle infrazioni, misure cautelari o impegni.

⁴⁷¹ Art. 14, paragrafo 3, direttiva 2019/1/UE

⁴⁷² Art. 14, paragrafo 4, direttiva 2019/1/UE. Le statuizioni contenute nei paragrafi 3 e 4 di tale direttiva riproducono quanto già sancito dal paragrafo 4 dell'art 23 del regolamento 2003/1/CE

al massimo pari al 10% dell'ultimo fatturato. Quest'ultimo importo è da riferimento nell'eventualità in cui l'Autorità non abbia inizialmente inflitto alcuna sanzione.

In caso contrario, l'AGCM deve definire l'importo a partire da quello minimo, che non può risultare inferiore al doppio della sanzione già inflitta. Lo stesso comma 2 dell'art 15 prevede, inoltre, che l'Autorità individui il termine entro cui l'impresa debba ottemperare al pagamento imposto. Qualora questa perseveri nell'ignorare le ingiunzioni, l'AGCM può disporre la sospensione dell'attività di impresa fino a 30 gg⁴⁷³.

Ciò posto, si andrà ora ad analizzare la natura delle sanzioni antitrust comminate dall'Autorità competente.

Come detto, il regolamento del 2003, all'art 23 par 5 dice che le decisioni adottate in tema di inflizione di ammenda non recano carattere penale. Tale statuizione non inficia, però, la sussistenza delle caratteristiche proprie delle sanzioni, per come previste dall'art 13 par 1 della direttiva comunitaria del 2019. Tale art, già ricordato in precedenza, prevede che le ammende siano efficaci, proporzionate e dissuasive.

È su quest'ultimo requisito che bisogna soffermarsi al fine di definire con chiarezza la natura delle sanzioni antitrust, anche dalla legge italiana qualificate come sanzioni amministrative pecuniarie⁴⁷⁴.

La deterrenza è una finalità peculiare, generalmente afferente a disposizioni penali, le quali, delineando il comportamento illecito e la conseguente pena, perseguono una finalità general-preventiva oltre che special preventiva⁴⁷⁵. Lo scopo di prevenzione generale è fatto proprio anche dalle sanzioni antitrust, considerate quale strumento che, non solo infligga all'impresa colpevole la giusta punizione per l'alterazione concorrenziale causata dal suo comportamento illecito, ma funga anche da ammonimento per qualunque altro operatore economico che voglia aggirare le norme antitrust a scapito del mercato e a vantaggio della propria attività di impresa.

Nell'analisi sulla possibile natura sostanzialmente penale, anche se formalmente e ufficialmente amministrativa, delle sanzioni dell'AGCM, è fondamentale partire dai famigerati "criteri Engel" elaborati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo a partire dall'omonima

⁴⁷³ Per tale ultima previsione si veda art. 15, comma 2, ultimo periodo. A proposito del concreto esercizio di tale potere da parte dell'autorità, si veda: Comunicato stampa 22 novembre 2013 dell'AGCM, IP166.

In tale ambito rilevano anche le previsioni del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, codice del consumo a norma dell'art. 7 della L. 29 luglio 2003, n. 229), il quale all'art. 27 disciplina la tutela amministrativa e giurisdizionale, nel cui ambito rientra il potere sospensivo dell'AGCM che, ai fini dell'implementazione del regolamento di Parlamento Europeo e Consiglio del 27 ottobre 2004 n. 2006, agisce per la tutela dei consumatori.

⁴⁷⁴ Art. 15, comma 1 *bis*, L. 287/1990

⁴⁷⁵ La finalità special preventiva è connessa all'individuo, mentre quella general preventiva coinvolge la necessità di prevenire che i soggetti appartenenti all'ordinamento osino commettere un comportamento disciplinato dalla legge quale reato.

sentenza⁴⁷⁶. In tale pronuncia la Corte EDU delinea tre criteri utili ai fini dell'accertamento del carattere sostanzialmente penale di una sanzione, con la conseguente necessaria applicazione della gamma di garanzie sostanziali e procedurali che l'ordinamento penale assicura⁴⁷⁷.

I criteri elaborati dalla Corte EDU nella sentenza Engel, funzionali a stabilire se un illecito e la sanzione che ne consegue possano rientrare nell'ambito di applicazione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU⁴⁷⁸ previste per la tutela dei soggetti da procedimenti penali, prevedono una valutazione trifasica che si articola nel:

1. Rintracciare la qualificazione data dall'ordinamento interno all'illecito contestato, qualificazione che ha valore relativo in quanto la reale natura dello stesso dovrà essere meglio analizzata;
2. Valutare la natura sostanziale dell'illecito commesso, verificando se lo stesso sia posto a tutela del funzionamento di una determinata formazione sociale o se sia preordinato alla salvaguardia di un interesse proprio della collettività;
3. Appurare la portata della sanzione in termini di afflittività, soppesando il grado di severità della stessa rispetto all'illecito contestato.

Applicando tali criteri alle sanzioni *antitrust*, risulta che queste ultime sono qualificate dall'ordinamento quali sanzioni amministrative pecuniarie⁴⁷⁹, applicate all'infrazione delle norme antitrust contenute nelle disposizioni del TFUE agli artt. 101 e 102, corrispondenti agli artt. 2 e 3 della L. 287/1990. È previsto, inoltre, che le sanzioni siano irrogate in procedimenti giudiziari che siano diversi da quelli penali⁴⁸⁰ e che le decisioni inerenti all'inflizione di sanzioni *antitrust* non hanno carattere penale⁴⁸¹.

A queste considerazioni, deve affiancarsi la valutazione della natura sostanziale dell'infrazione che comporta l'irrogazione dell'ammenda. In proposito, è da evidenziare che l'interesse tutelato dalla normativa antitrust non si risolve in quello dei consumatori o in quello dei concorrenti operatori del mercato, coinvolgendo entrambe⁴⁸² le prospettive, il che comporta la caratterizzazione dell'interesse

⁴⁷⁶ Corte EDU, *Grande Chambre*, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi. In tale sentenza i criteri sono riferiti all'ambito militare, per poi assumere valenza generale con il consolidarsi della giurisprudenza della stessa Corte in tal senso, in particolare con la sentenza in plenaria del 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania.

⁴⁷⁷ Tra gli altri, è bene menzionare il diritto al silenzio e il "ne bis in idem"

⁴⁷⁸ L'art. 6 sancisce il "diritto a un equo processo" che coinvolge il diritto al giudice naturale predeterminato per legge, la presunzione di innocenza, il diritto alla difesa. L'art. 7 statuisce il divieto di punire un soggetto colpevole di un comportamento non previsto, al momento della sua commissione, dalla legge come reato, trasposizione del brocardo latino "nulla poena sine lege"

⁴⁷⁹ Art 15, comma 1 *bis*, L. 287/1990

⁴⁸⁰ Art 13, paragrafo 1, direttiva 2019/1/UE

⁴⁸¹ Art 23, paragrafo 5, Regolamento comunitario 2003/1/CE

⁴⁸² Si vedano in proposito, *ex multis*: Tribunale di Roma, Sez. XVII, 4 febbraio 2022 n. 1803; Tribunale di Napoli, sezione speciale in materia di imprese, 16 gennaio 2023 n. 469; Corte di Appello di Bari, Sez. II, 15 gennaio 2020, n. 45 nella quale si asserisce che: "la legge *antitrust* 10 ottobre 1990, n. 287, detta norma a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse,

di cui l'AGCM è portatrice, come un interesse pubblico⁴⁸³, quello alla realizzazione di un mercato efficiente e concorrenziale⁴⁸⁴.

L'ultimo criterio previsto dalla sentenza Engel coinvolge la valutazione del grado di severità della sanzione. Questo concetto è assai connesso ad un'altra caratteristica imposta dall'art. 13, paragrafo 1, della direttiva unionale del 2019, quello dell'efficacia. È indubbio, infatti, che una sanzione che rispetti il principio della proporzionalità ma riesca, allo stesso tempo, ad avere un effetto deterrente, sia anche efficace rispetto alla funzione general preventiva auspicata dalla sua irrogazione e voluta dalla previsione in ordine alla comminazione.

L'entità massima della sanzione *antitrust* è prevista sia nel regolamento del 2003 che nella direttiva del 2019, le quali disposizioni prevedono il limite apicale del 10% del fatturato risultante dal bilancio approvato nell'ultimo esercizio precedente.

Il calcolo della sanzione, effettuato secondo le regole di cui si è detto, porta dunque all'inflizione di un'ammenda che, in termini assoluti, non è eccessivamente onerosa per le imprese obbligate al pagamento, considerato che la loro responsabilità finanziaria non può superare un ammontare pari al 10 % del loro fatturato, per come risultante dall'ultimo bilancio approvato.

Tuttavia, gli scopi per i quali la sanzione è irrogata, lungi dall'essere contenuti nel solo intento punitivo, sono plurimi e risultano prodromici alla realizzazione di un effetto general preventivo nonché utili all'accertamento del danno in eventuali giudizi risarcitori instaurati da privati.

Tutto ciò si traduce in un importantissimo riflesso reputazionale di cui l'Autorità è ben consapevole al momento dell'inflizione e la cui valutazione deve rientrare nel giudizio di proporzionalità da perpetrarsi da parte dell'AGCM nell'esercizio dei propri poteri.

Date tali argomentazioni, la portata pubblica dell'interesse al corretto funzionamento del mercato fondato su un assetto spiccatamente concorrenziale, nonché la severità della sanzione comminabile nel caso in cui l'Autorità accerti la sussistenza di un'infrazione delle norme *antitrust*, consentono, secondo costante giurisprudenza, di superare la qualificazione interna di tali provvedimenti quali sanzioni amministrative pecuniarie, per riconoscere la loro portata convenzionalmente penale.

Questa tesi viene suffragata da pronunce giurisprudenziali, nazionali ed europee, più o meno recenti, che, in ragione della pesante portata afflittiva delle sanzioni *antitrust*, riconoscono la loro assimilabilità a quelle penali dal punto di vista sostanziale⁴⁸⁵.

processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”

⁴⁸³ Corte Costituzionale, sentenza 31 gennaio 2019, n. 13

⁴⁸⁴ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 29 marzo 2010 n. 4931

⁴⁸⁵ Per quanto riguarda la giurisprudenza nazionale, si vedano, *inter alia*: Consiglio di Stato, sez. VI, 9 maggio 2022 n. 3570; Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 1159 ove si dice che, dall'applicazione dei cosiddetti Engel criteria, “alla sanzione antitrust è da attribuire, in considerazione della sua afflittività, natura sostanzialmente penale”, punto 4.1, Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2023 n. 1159; Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2023 n. 1944

La conclusione per cui la sanzione irrogata da un'autorità amministrativa, qual è l'AGCM, nonostante la qualificazione di "sanzione amministrativa pecuniaria" da parte dell'ordinamento nazionale, qualificazione che, come visto, non risulta vincolante ai fini dell'accertamento della natura sostanziale, abbia una portata sostanzialmente penale, comporta la necessità di provvedere ad assicurare l'applicazione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU.

A questo proposito, si andrà ora ad analizzare l'ampiezza e la portata del sindacato del giudice amministrativo in ordine alle valutazioni compiute dall'AGCM al fine di decidere se irrogare la sanzione e, eventualmente, a quanto farla ammontare.

2.1.1 Il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni *antitrust*

La necessità di garantire il rispetto della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e sulle libertà fondamentale, in particolare di quanto previsto dagli artt. 6 e 7 della stessa, non significa invalidare il procedimento seguito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato ai fini dell'inflizione delle ammende pecuniarie previste *ex lege*. Risulta, infatti, compatibile con la Convenzione che sanzioni sostanzialmente penali siano inizialmente irrogate da un organo amministrativo, anche a seguito di un procedimento come quello cui è preposta l'autorità *antitrust* il quale, sebbene impostato coerentemente con il contraddittorio, è ben lungi dall'essere connotato dalle garanzie procedurali legate al procedimento penale⁴⁸⁶.

Tuttavia, tale carenza nella fase iniziale, deve essere accompagnata da un'adeguata tutela giurisdizionale, nella cui sede si provveda a prestare le garanzie che la natura penale della sanzione irrogata prevede⁴⁸⁷.

La sede giurisdizionale è dunque quella in cui si garantisce la piena tutela della posizione giuridica soggettiva afferente al destinatario della sanzione *antitrust*, una sede in cui il giudice è dotato di

anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE riconosce natura penale alle sanzioni antitrust, si vedano in proposito: CGUE, quinta sezione, 18 luglio 2013, ECLI:EU:C:2013:522, C- 501/11, punto 33; CGUE (tribunale), Terza sezione ampliata, 8 luglio 2008, ECLI:EU:C:2008:256, T-99/04

⁴⁸⁶ Emblematico risulta a proposito il diritto al "silenzio", fondamentale corollario del diritto di difesa nel diritto penale, ma assolutamente estraneo al procedimento connesso all'accertamento di una infrazione antitrust, in cui la mancata collaborazione o risposta alla richiesta di informazioni rilevanti, ricade nell'ambito dei comportamenti sanzionali dall'autorità procedente.

⁴⁸⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2023 n. 1159; Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164 e 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596 richiamati dalla prima al punto 4.

La stessa Corte EDU ha legittimato la garanzia posposta del rispetto della norma sancita *ex art 6* della Convenzione, in sede giurisdizionale. Essa, infatti, ha ritenuto compatibile con l'art. 6 l'irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale, da parte di un'Autorità amministrativa che assuma la decisione in maniera non conforme al dettato dell'art 6 paragrafo 1, qualora sul provvedimento contenente la decisione suddetta sia poi previsto l'esperimento di un controllo da parte di un organo terzo e imparziale, qual è il giudice amministrativo, condotto con giurisdizione piena (sentenza Corte Edu , seconda sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia).

Sulla stessa questione è intervenuta anche la Suprema Corte di Cassazione affermando che per sanzioni aventi natura sostanzialmente penale, il diritto al giusto processo disciplinato dall'art. 6 della CEDU può essere alternativamente garantito in fase amministrativa o tramite un pieno sindacato giurisdizionale, *ex multis*, Corte di Cassazione civile, sez. II, 13 gennaio 2017 n. 770, Cassazione Civile, Sez. II, 28 aprile 2022, n. 13345.

“piena giurisdizione” la quale consente, al giudice amministrativo in Italia, alla CGUE in sede di valutazione dei provvedimenti sanzionatori della Commissione, di entrare nel merito del provvedimento fino alla possibilità di rimodulare l’entità della sanzione come di annullare la sua irrogazione⁴⁸⁸.

La quantificazione della sanzione *antitrust* deve, contemporaneamente, evitare di sopprimere la sfera soggettiva del destinatario in via sproporzionata rispetto all’illecito accertato, e soddisfare il requisito della deterrenza che impone la caratterizzazione in via giustamente severa tale da fungere da strumento di disincentivo alla commissione di illeciti anticoncorrenziali ulteriori da parte di diversi operatori economici.

Tuttavia, l’accertamento della natura penale di tale provvedimento sanzionatorio, emanato dall’autorità Antitrust, sulla base dei criteri Engel, impone un ritorno delle garanzie provviste dalla convenzione EDU, almeno in un momento successivo rispetto a quello del procedimento rivolto all’accertamento dell’illecito e all’eventuale irrogazione delle ammende previste *ex lege*⁴⁸⁹, ossia quello in cui il soggetto destinatario del provvedimento decida di impugnare lo stesso dinanzi al giudice amministrativo competente⁴⁹⁰, secondo le regole previste dal codice del processo amministrativo⁴⁹¹.

Grazie alla successiva ricomposizione del quadro di garanzie tipico del sistema penale, che viene meno in seno al procedimento istruttorio e sanzionatorio dell’AGCM, le sanzioni antitrust assimilano i caratteri richiesti da parte della normativa europea.

In ultimo, è da rilevare che l’efficacia della tutela della concorrenza da parte dell’Autorità può comportare la necessità di evitare l’inflizione di sanzioni pecuniarie, nei casi eccezionali di cui andrà ora a trattare.

2.1.2 Un’eccezione all’irrogazione delle sanzioni: i programmi di clemenza

⁴⁸⁸ In diverse pronunce, la CGUE ha affermato che il giudice dell’Unione “dispone di una competenza estesa al merito conferitagli dall’art 31 del regolamento n. 1/2003, conformemente all’art 261 TFUE, che lo autorizza a sostituire la sua valutazione a quella della commissione e, di conseguenza, a sopprimere, ridurre o aumentare l’ammenda o la penalità inflitta”, CGUE, sentenza 18 luglio 2013, ECLI:EU:C::2013:522, nel procedimento C-501/11, punto 36 il quale richiama un’ulteriore pronuncia sul tema, ossia CGUE, seconda sezione, 8 dicembre 2011, ECLI:EU:C:2011:815, nel procedimento C-386/10, al punto 63.

⁴⁸⁹ Giova ricordare che, in ogni caso, l’imposizione di una prestazione patrimoniale nell’ordinamento italiano reca una riserva di legge relativa in base all’art 23 della Costituzione, risulta dunque fondamentale che l’irrogazione della sanzione abbia una base legislativa, qual è la L. 287/1990, al fine di rispettare il principio di legalità

⁴⁹⁰ L’art 113 della Costituzione impone una tutela giurisdizionale piena ed effettiva provvista nei confronti di ogni tipo di provvedimento amministrativo, tra cui bisogna di certo far rientrare le decisioni dell’AGCM

⁴⁹¹ Il codice del processo amministrativo corrisponde al d.lgs. 104/2010 (attuazione dell’art. 44 della L. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo) ed è richiamato dal comma 1 dell’art. 33 della L. 287/1990 il quale dispone che: “la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo.

Deve ora parlarsi di uno degli strumenti che, a oggi, viene annoverato tra i mezzi che maggiormente riempiono di efficacia i poteri dell'autorità garante della concorrenza⁴⁹², in quanto auspicano la portata a conoscenza della stessa di infrazioni altrimenti ardue da rinvenire, ossia quello che viene definito dal Capo VI della direttiva n. 1/2019 come “*programmi di trattamento favorevole*⁴⁹³ per i cartelli segreti”.

Nonostante tale strumento fosse già da tempo appannaggio delle diverse autorità garanti nazionali degli Stati membri, la direttiva mira a uniformare, armonizzare appunto, l'esperienza delle stesse al fine di appianare le divergenze di trattamento di Stato in Stato. Ciò garantisce al richiedente del programma di clemenza che intende collaborare con l'Autorità, uniformità di trattamento e condizioni di accesso al trattamento favorevole equivalenti in tutta l'area unionale.

Il capo VI⁴⁹⁴ della direttiva n. 1/2019 è interamente dedicato ai programmi di trattamento favorevole. L'art 17 disciplina il caso in cui, a chi richieda di accedere al programma, possa concedersi l'immunità dall'irrogazione di sanzioni antitrust. La norma impone agli Stati membri di provvedere affinché l'autorità *antitrust* abbia la facoltà di concedere l'immunità dalle ammende alle imprese che le rivelino la loro partecipazione a cartelli segreti, senza escludere la possibilità che, della stessa immunità, possano godere persone fisiche o imprese autrici di infrazioni diverse rispetto a quella inerente ai cartelli segreti.

I requisiti di accesso al programma di trattamento favorevole sono dettagliatamente definiti dalla direttiva, in via cumulativa. Tali condizioni consistono nel:

1. Aver posto fine alla propria partecipazione al cartello segreto, al più tardi poco dopo la presentazione della domanda di accesso al programma di trattamento favorevole⁴⁹⁵;
2. Cooperare genuinamente con l'autorità *antitrust*, fornendo informazioni continuativamente e solertemente, dal momento della presentazione della domanda, fino a quello in cui l'Autorità chiude l'istruttoria⁴⁹⁶;

⁴⁹² La Commissione Europea considera i programmi di clemenza come lo strumento più efficace per venire a conoscenza e porre termine ai cartelli che altrimenti rimarrebbero segreti, L. Baroni, S. D'Ancona, P. Provenzano, *op. cit.*

⁴⁹³ Per programma di trattamento favorevole, ai sensi della direttiva n. 1/2019, deve intendersi un piano relativo all'applicazione dell'art 101 TFUE o di corrispondenti disposizioni facenti parte degli ordinamenti nazionali, in base al quale un'impresa che partecipi ad un cartello segreto, indipendente dagli altri operatori economici coinvolti, collabora con le autorità garanti della concorrenza, presentando volontariamente elementi di propria conoscenza relativi all'illecito anticoncorrenziale e il ruolo svolto all'interno del cartello, ricevendo in cambio l'immunità dall'irrogazione delle ammende o una loro riduzione. (art 2, paragrafo 1, n. 16)

⁴⁹⁴ È composto dalle disposizioni che vanno dall'art 17 all'art 23 della direttiva n. 1/2019

⁴⁹⁵ Direttiva n. 1/2019, art 19, lettera a), la quale precisa che il termine entro cui dismettere la propria partecipazione possa essere diversamente modulato per quanto attiene la necessità dell'autorità di preservare l'integrità della propria indagine.

⁴⁹⁶ Art 19, lett b) la quale continua statuendo che la cooperazione disciplinata comporta una serie di corollari che consistono nel: i) fornire all'Autorità tutte le informazioni pertinenti che il richiedente possiede o a cui possa accedere, in particolare: - denominazione e indirizzo del richiedente; - denominazione di tutte le imprese partecipanti attualmente o in passato al cartello che si denuncia; - dettagliata descrizione del cartello rispetto all'oggetto, all'ambito geografico, la durata, la natura della condotta da cui è connotato; - informazioni su eventuali domande già presentate ad altre autorità garanti della concorrenza o su possibili domande future; ii) restare a disposizione dell'autorità garante in modo da

3. Non aver distrutto, falsificato o celato elementi probatori utili all'istruttoria inerente al cartello segreto, né rivelato ad altri, che siano diversi da altre autorità nazionali garanti della concorrenza, l'intenzione di presentare la domanda suddetta⁴⁹⁷;
4. Rivelare la propria partecipazione a un cartello segreto;
5. Essere pionieri nella messa a conoscenza dell'autorità *antitrust* di informazioni non ancora da questa possedute e che le consentano di effettuare un "accertamento mirato", purchè non abbia altri elementi già sufficienti per avviare un'istruttoria, ovvero tale procedimento sia già in corso; le informazioni fornite devono inoltre essere idonee a consentire all'autorità di accertare che l'infrazione ricada tra i casi previsti per l'accesso al trattamento favorevole e, che allo stesso non siano già state ammesse altre imprese in relazione allo stesso cartello segreto⁴⁹⁸.

L'accesso ai programmi di trattamento favorevole viene, in via di principio, previsto per tutte le imprese partecipanti a cartelli segreti, a meno che queste non siano state autrici di un'opera di coercizione nei confronti di altri operatori economici al fine di far loro aderire al cartello stesso o affinché perdurasse la loro partecipazione⁴⁹⁹.

La domanda di accesso al programma di trattamento favorevole può essere accolta o meno da parte dell'autorità *antitrust*, purchè comunque la comunicazione in ordine all'esito dell'istanza pervenga al richiedente, il quale, nel caso in cui veda respinta la domanda relativa all'accesso al trattamento che lo renda immune dall'applicazione delle sanzioni, può riproporre la stessa istanza affinché sia valutata per un'eventuale riduzione delle stesse.

Il programma di riduzione è disciplinato dall'art 18 della direttiva, il quale ripropone i requisiti previsti dall'art 17, con l'eccezione che non è necessario che il richiedente sia il primo a fornire gli elementi probatori necessari all'avvio di un'istruttoria mirata all'infrazione perpetrata mediante il cartello segreto, ma bisogna solo che essi siano significativi, al fine di provare una condotta violativa delle norme *antitrust* che ricada nell'ambito delle ipotesi previste per l'applicazione del programma di trattamento favorevole⁵⁰⁰.

rispondere prontamente a ogni domanda che possa contribuire alla ricostruzione dei fatti; iii) consentire all'autorità di sentire in audizione amministratori e personale, cercando di metterle a disposizione anche gli ex direttori, amministratori, membri del personale; iv) non distruggere, falsificare o celare elementi probatori rilevanti; v) non mettere nessuno a conoscenza della presentazione della domanda di accesso al trattamento favorevole prima che l'autorità abbia inviato comunicazione degli addebiti, a meno che non sia convenuto diversamente;

⁴⁹⁷ Art. 19 Lettera c), direttiva n. 1/2019

⁴⁹⁸ I punti 4 e 5 riportano quanto sancito ex art. 17, paragrafo 2, lett. b) e c)

⁴⁹⁹ Art. 17, paragrafo 3, direttiva n. 1/2019

⁵⁰⁰ Art. 18, paragrafo 2, lettera c), direttiva n. 1/2019

Qualora gli elementi forniti dal richiedente risultino rilevanti ai fini di una rimodulazione al rialzo del calcolo delle sanzioni da irrogare ai partecipanti al cartello, questi non sono computati ai fini dell'inflizione dell'ammenda all'istante⁵⁰¹.

I programmi di trattamento favorevole, anche detti programmi di clemenza, sono stati introdotti all'interno della L. 287/1990 agli artt. 15 bis-15 septies da parte del d.lgs. 185/2021 in conformità alle prescrizioni della direttiva unionale⁵⁰².

L'AGCM concede l'accesso alle imprese che collaborino in maniera qualificata con l'Autorità stessa ai fini dell'accertamento⁵⁰³ di infrazioni delle regole di concorrenza, a seguito della denuncia della loro partecipazione a un cartello segreto.

La nozione di cartello segreto è delineata dal comma 2 dello stesso art. 15 *bis*, il quale dispone che per cartello segreto si intende *“un accordo o una pratica concordata, fra due o più concorrenti, di cui è stata celata in tutto o in parte l'esistenza, volta a coordinare la loro condotta concorrenziale sul mercato o a influire sui pertinenti parametri di concorrenza mediante pratiche consistenti, tra l'altro, nel fissare o coordinare prezzi di acquisto o di vendita, nel ripartire i mercati e i clienti, tra l'altro mediante manipolazione delle gare d'appalto, le restrizioni delle importazioni o delle esportazioni o azioni anticoncorrenziali dirette contro altre imprese concorrenti”*.

Tale disciplina, ancora una volta di derivazione unionale, si apre all'attenuazione degli strumenti di *public enforcement strictu sensu*, in virtù dell'esigenza di controllo delle infrazioni nel mercato, controllo che risulterebbe molto meno efficiente ed efficace se non si dimostrasse l'interesse e il vantaggio di chi vi opera a segnalare infrazioni rilevanti, di modo da scongiurare l'eventualità di irrogazione di un'ammenda che può raggiungere il valore del 10 % del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato.

Il beneficio derivante dalla denuncia, dalla collaborazione qualificata e continuativa rivolta al rilascio di elementi probatori significativi ai fini dell'istruttoria dell'Autorità rivolta allo smascheramento dell'infrazione celata, è precluso anche nella disciplina nazionale per le imprese che siano state protagoniste di atteggiamenti coercitivi rivolti nei confronti di concorrenti operatori del mercato al fine di imporre loro la partecipazione, ovvero la permanenza nel cartello⁵⁰⁴. Ciò perché al disvalore sociale ed economico dell'illecito *ex se* considerato, si aggiunge la natura estremamente riprovevole

⁵⁰¹ Art. 18, paragrafo 3, direttiva n. 1/2019

⁵⁰² L'art 15 *bis* della L. 287/1990 dispone, al suo primo periodo, che l'AGCM adotta con proprio provvedimento generale un programma di trattamento favorevole, *“in conformità all'ordinamento dell'Unione europea”*

⁵⁰³ con riguardo all'efficacia probatorio delle dichiarazioni del richiedente nell'ambito della domanda di clemenza, il Consiglio di Stato si è espresso nel senso per cui, pur non potendo dare alle stesse un credito tale da ritenerle foriere di piena prova circa l'esistenza dell'accordo anticoncorrenziale, non può negarsi una valenza probatoria non trascurabile, Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2122, punto 3

⁵⁰⁴ Art. 15 *bis*, comma 4, L. 287/1990

della coercizione, che potrebbe aver incrementato il numero di operatori affiliati e così aggravato gli effetti pregiudizievoli per l'assetto concorrenziale del mercato.

La previsione di tali programmi⁵⁰⁵, oltre a implementare l'efficienza dell'attività dell'Autorità garante rispetto allo smantellamento dei cartelli segreti, contribuendo all'obiettivo dell'effettiva applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE⁵⁰⁶, dimostra l'importanza di un corretto ed equo bilanciamento tra le diverse esigenze, alla luce dell'imperante principio di proporzionalità.

Qui, infatti, è evidente la mitigazione del potere autoritativo per il raggiungimento di un obiettivo più alto rispetto a quello della mera punizione dell'operatore colpevole dell'infrazione, ossia l'effettiva tutela e la garanzia del mantenimento delle dinamiche concorrenziali.

La necessità di afflizione unita all'obiettivo di deterrenza che le sanzioni antitrust perseguono, lascia spazio alla clemenza dinanzi all'utilità di una collaborazione con chi sia nella posizione di far accedere l'Autorità a una vasta gamma di informazioni rilevanti rispetto a una pesante violazione del diritto *antitrust*.

Anche in ragione della proporzionalità che ispira i dettami normativi, per evitare di conferire un beneficio eccessivo rispetto al valore della collaborazione prestata, la disciplina modula i requisiti di legge necessari per l'accesso al vantaggio più auspicato, ossia quello dell'immunità, rendendoli più stringenti rispetto a quelli da verificarsi per concedere la sola riduzione delle ammende irrogabili.

Nel paragrafo che segue, si tratterà di un ulteriore declinazione del potere sanzionatorio dell'AGCM, quella che consente l'irrogazione delle cosiddette penalità di mora.

2.1.3 Le penalità di mora

Strumento che si colloca all'estremo opposto rispetto ai programmi di clemenza, previsto proprio in ragione dell'assenza di una volontà collaborativa da parte dell'impresa autrice dell'infrazione anticoncorrenziale, sono le penalità di mora.

Queste, prese in considerazione sia dall'art 24 del regolamento n. 1/2003 che dall'art 16 della direttiva n. 1/2019, sono disciplinate dall'art 15 comma 2 *bis* della legge *antitrust*, per come modificato a seguito del d.lgs.185/2021.

Tale disposizione conferisce all'AGCM il potere di irrogare a imprese e associazioni di imprese le cosiddette penalità di mora, ossia sanzioni infliggibili al fine di punire il ritardo nell'ottemperanza

⁵⁰⁵ I programmi di clemenza non sono stati previsti per la prima volta dalla direttiva del 2019, ma facevano parte della disciplina europea già dal 2006, quando venne previsto dalla Commissione il [Model Leniency programme](#) quale prerogativa delle autorità facenti parte del Network europeo, come strumento di "soft harmonisation". Il programma prevedeva anche una valutazione uniforme sul caso, operata dalla Commissione qualora l'infrazione coinvolga almeno tre Stati membri.

⁵⁰⁶ CGUE, prima sezione, 26 gennaio 2017, ECLI:EU:C:2017:50, nel procedimento C-619/13, punto 53

alla diffida prevista dall'art 15 comma 1, alle misure cautelari adottate dall'Autorità ai sensi dell'art 14 bis⁵⁰⁷ o agli impegni divenuti obbligatori a seguito della decisione assunta ai sensi dell'art 14 ter⁵⁰⁸.

Alle sanzioni previste miratamente da ciascuna di queste disposizioni, si aggiungono le penalità irrogabili dall'autorità qualora ritardi a pervenire l'adempimento che ci si aspetta dall'operatore economico interessato dal procedimento di accertamento dell'infrazione.

L'importo della penalità di mora non può superare il 5 % del fatturato medio giornaliero realizzato a livello mondiale da imprese operanti nello stesso mercato, durante l'esercizio immediatamente precedente. L'entità massima si calcola giornalmente a decorrere dalla data fissata dall'Autorità nel provvedimento cui l'impresa non ha dato seguito, per ogni giorno di ritardo dal termine ultimo indicato.

La penalità di mora, secondo quanto statuito dalla direttiva n. 1/2019, deve recare le medesime caratteristiche assegnate alle sanzioni amministrative pecuniarie, ossia quelle di efficacia, proporzionalità e dissuasività.

La natura ugualmente sanzionatoria delle penalità in questione, che trovano la propria ragion d'essere nella sussistenza di un ritardo nell'adempimento da parte dell'impresa alle decisioni dell'Autorità previste *ex lege*, consente, attraverso l'inserimento nel comma 2 *bis* dell'art. 15 della legge *antitrust* della previsione dell'irrogabilità delle penalità di mora, di implementare l'obiettivo in ordine alla deterrenza e dissuasività dei provvedimenti sanzionatori *antitrust*.

La previsione cumulativa di sanzioni e penalità di mora accresce l'efficienza del controllo e della repressione di condotte illecite violative del TFUE e, quindi, delle leggi nazionali derivate.

La stessa CGUE evidenzia come il diritto comunitario si prefigga l'obiettivo di garantire l'osservanza dei divieti previsti dagli artt. 101 e 102 TFUE, indi per cui risulta fondamentale predisporre un sistema di controlli il più possibile efficace.

Tale necessità lega inestricabilmente l'applicazione degli artt. TFUE all'irrogazione di sanzioni e penalità di mora che siano efficaci, dissuasive e proporzionate, in modo da garantire l'applicazione uniforme nell'area UE dei divieti statuiti dal trattato FUE⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ l'art. 14 *bis* assegna all'AGCM il potere di predisporre misure cautelari qualora ravvisi il rischio di produzione di un danno grave e irreparabile, a seguito dell'accertamento di un'infrazione anche sommario (art 14 bis comma 1). Il mancato adempimento da parte delle imprese a quanto previsto tramite l'adozione di una misura cautelare comporta la possibilità di comminare sanzioni entro il 3% del fatturato risultate dall'ultimo bilancio (art 14 bis comma 3).

È importante precisare che, il provvedimento che dispone una misura cautelare è per sua natura temporaneo, efficace fino all'adozione della decisione finale o per il tempo specificato, eventualmente prorogabile ove necessario (art 14 bis comma 2)

⁵⁰⁸ Tale disposizione regola l'istituto degli impegni, proponibili da parte dell'impresa ai fini di interrompere l'accertamento dell'infrazione da parte dell'AGCM palesando la propria volontà di mettere in campo le misure necessarie per eliminare gli effetti anticoncorrenziali. Se le proposte di impegni sono accettate dall'Autorità, queste può renderne la realizzazione obbligatoria per l'impresa proponente, nei limiti di quanto consentito dall'ordinamento unionale. Il mancato rispetto degli impegni può comportare l'irrogazione di una sanzione pecuniaria dall'importo entro il 10% del fatturato.

⁵⁰⁹ CGUE, 11 giugno 2009, sulla causa C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359, punti da 34 a 37;

Il carattere complementare e univocamente indirizzato alla repressione delle infrazioni alteranti l'assetto concorrenziale del mercato, comporta la medesima pienezza del sindacato giurisdizionale che si rinveniva a proposito delle sanzioni, qualificate come sostanzialmente penali, a proposito delle penalità di mora.

L'art 31 del regolamento n. 1/2003 statuisce, infatti, che la CGUE abbia competenza giurisdizionale di merito per quanto riguarda le decisioni della Commissione con cui si irrogano sanzioni o penalità di mora. Il giudice Europeo ha facoltà di “*estinguere, ridurre o aumentare*” sia l'ammenda che la penalità di mora⁵¹⁰, entrambi strumenti che necessitano di essere utilizzati efficacemente ai fini di una corretta applicazione dei divieti posti dal trattato⁵¹¹.

Allo stesso modo, il sindacato del giudice amministrativo deve ritenersi pieno e penetrante, così da garantire la possibilità per il giudice stesso di entrare nel merito del provvedimento, sostituendosi all'Autorità amministrativa nella valutazione riguardante l'entità o la stessa debenza delle sanzioni come delle penalità di mora.

Da ultimo, è importante rilevare quanto l'efficacia degli strumenti di *enforcement* pubblicistici sin qui delineati, sia parzialmente ridotta o meglio, contenuta, a causa dell'assenza di previsioni che regolino la responsabilità concorrenziale delle persone fisiche.

Si andrà ora brevemente a trattare della eventuale necessità che l'efficienza dei sistemi di *enforcement* sia implementata attraverso il ricorso alla responsabilità penale per le persone fisiche.

2.1.4 La non-responsabilità delle persone fisiche

L'ordinamento unionale e, a cascata, quello nazionale, è imperniato sull'idea per cui unici autori di illeciti anticoncorrenziali possano essere le persone giuridiche, ossia le imprese operanti nel mercato. Le imprese sono da intendersi quali entità esercenti attività economica, a prescindere dal loro *status* giuridico o dalle modalità attraverso cui si finanziano⁵¹².

Ciò posto, risulta evidente che la normativa europea non prenda mai, in nessun caso, in considerazione l'ipotesi che l'illecito anticoncorrenziale possa essere direttamente imputato a una persona fisica, soggetto rilevante solo nell'ambito della disciplina del *private antitrust enforcement*⁵¹³. La normativa comunitaria, infatti, afferma chiaramente che, sebbene sia salva la possibilità per gli Stati membri di disciplinare gli aspetti *antitrust* in maniera più severa,

⁵¹⁰ LA CGUE richiama varie volte questo potere, anche nella sentenza 28 ottobre 2020, ECLI:EU:C:2020:868, sulla causa C-611/18, al punto 3

⁵¹¹ CGUE, quinta sezione, 11 giugno 2009, ECLI:EU:C:2009:359, nel procedimento C-429/07, punto 37

⁵¹² Direttiva 2019/1/UE, art. 2 paragrafo 1., n. 10)

⁵¹³ di cui si parlerà approfonditamente nel paragrafo successivo

eventualmente anche prevedendo sanzioni penali in capo a persone fisiche, il regolamento non si applica alle disposizioni nazionali orientate in tal senso⁵¹⁴.

Considerato l'ampio margine di discrezionalità lasciato dalla normativa comunitaria a proposito della predisposizione di ulteriori sanzioni, eventualmente anche sotto forma di sanzioni penali a carico delle persone fisiche, questa libertà ha fatto sì che si sviluppassero parallelamente due diversi modelli. Da un lato si schierano i Paesi, quali l'Italia, secondo cui le sanzioni *antitrust* e i poteri dell'autorità risultano gli strumenti più efficaci per la repressione di illeciti anticoncorrenziali; dall'altro vi sono Paesi⁵¹⁵ che abbracciano il modello proprio dello Sherman act statunitense⁵¹⁶, per cui hanno implementato sistemi atti a punire a livello penale le persone fisiche che contribuiscano materialmente alla perpetrazione di un'infrazione dei divieti previsti agli artt. 101 e 102 TFUE.

Parte della dottrina considera l'assenza di norma sanzionatorie direttamente rivolte alle condotte anticoncorrenziali delle persone fisiche causa della perdita di effettività del sistema di *enforcement antitrust*⁵¹⁷.

In ragione di ciò, la stessa dottrina, mette in discussione la natura sostanzialmente penale delle sanzioni *antitrust*, rilevando come, nella prassi, esse si attesterebbero attorno al 2-3% del fatturato annuo precedente, importo che spesso non risulta neanche in grado di coprire il vantaggio economico di cui l'impresa ha beneficiato tramite la condotta anti competitiva illecita.

Si rileva, inoltre, che la prospettiva di una possibile responsabilità penale in capo agli individui, incentiverebbe questi ultimi a proporre l'accesso delle proprie imprese ai programmi di clemenza.

Nonostante la potenziale fondatezza di tali affermazioni⁵¹⁸, è da evidenziale che l'ordinamento italiano, appartenente alla schiera di Paesi insensibili all'urgenza di delineare sanzioni penali individuali per la commissione di illeciti *antitrust*, fonda il proprio sistema penale sul principio per cui esso interviene solo quale *extrema ratio*, quindi solo ove si sia riscontrata la mancanza di efficacia di strumenti meno pervasivi e meno incidenti sui diritti fondamentali degli individui, quale quello alla libertà personale.

Nel caso di specie, nonostante l'evidente complessità dei controlli da effettuarsi da parte delle Autorità nazionali garanti della concorrenza, nonché la difficoltà del bilanciamento caso per caso alla luce del principio di proporzionalità, come si è detto, il sistema, dominato dall'azione della

⁵¹⁴ Considerando n. 8 del regolamento comunitario 2003/1/CE, il quale nell'ultimo periodo esclude dall'ambito di applicazione del regolamento stesso, le normative nazionali che dispongano sanzioni penali a carico delle persone fisiche, a meno che "tali sanzioni non costituiscano gli strumenti tramite i quali sono attuate le regole di concorrenza applicabili alle imprese".

⁵¹⁵ Tra questi Paesi vi è il Portogallo

⁵¹⁶ Di cui si parlerà più diffusamente nel paragrafo 5.1 del presente capitolo

⁵¹⁷ Si veda in proposito M. Aranci, [*Il sistema sanzionatorio degli illeciti antitrust: prospettive di armonizzazione europea per le misure nei confronti degli individui?*](#), in rivista.eurojus.it, fascicolo 1/2021

⁵¹⁸ si vedano: M. Aranci, *op. cit.*; per la tesi contraria, F. Cintoli, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, in Diritto processuale amministrativo, 2/2015, pp. 507 ss.

Commissione, risulta sufficientemente efficiente da non consentire di considerare impellente la necessità di punire più severamente gli illeciti contrari ai divieti posti dagli artt. 101 e 102 TFUE.

Tale conclusione vale a maggior ragione se si considera il recente intervento unionale rivolto all'implementazione dei poteri di *enforcement* pubblico assegnati alle Autorità nazionali garanti della concorrenza. La nuova direttiva, infatti, nell'ottica di accrescere l'effettività del sistema, chiarisce i poteri delle autorità garanti, dotandoli di una maggiore portata e pervasività. In nessun punto di questo atto normativo, nonostante siano state effettuate anche a livello europeo riflessioni in ordine all'eventuale esigenza di introdurre un sistema sanzionatorio penale a carico delle persone fisiche⁵¹⁹, si segnala l'urgenza di punire penalmente gli illeciti anticoncorrenziali.

La possibilità di un intervento di armonizzazione, garanzia di conformità delle legislazioni nel territorio di tutti gli Stati membri dell'UE, comporterebbe quindi un fortissimo aggravio della disciplina sanzionatoria delle condotte anti competitive, l'inserimento della disciplina nel campo d'azione del mandato di arresto europeo, l'onere agli Stati di perseguire tali illeciti nell'ambito della giurisdizione penale, con il conseguente dispendio di risorse umane ed economiche che ciò inevitabilmente comporta, nonché un rapporto qualificato tra autorità giudiziaria penale e AGCM.

A ciò deve aggiungersi, che sarebbe doveroso disciplinare sia la posizione delle persone fisiche rispetto al procedimento amministrativo istruttorio condotto dall'Autorità garante, soggetti che in caso di penalizzazione dei comportamenti incriminati, godrebbero di tutte le garanzie proprie della fase delle indagini preliminari, sia il valore da assegnare a un eventuale decisione finale dell'autorità, indirizzata a quelle imprese attraverso cui le persone indagate hanno perpetrato la condotta illecita sul mercato.

Data la complessità del sistema da predisporre nel caso in cui si ravvisi davvero l'impellente esigenza di apprestare un sistema maggiormente efficiente per la repressione delle infrazioni lesive dell'assetto concorrenziale disposto a livello comunitario, bisogna evidenziare come, allo stato attuale della situazione, tale urgenza non si riscontri, nonostante tesi contrarie, favorevoli a un avvicinamento al sistema statunitense⁵²⁰.

Al momento, le persone fisiche risultano immuni, almeno in Italia, dall'imputazione in capo a esse della responsabilità penale derivante dalla violazione dei divieti previsti dagli artt. 101 e 102 TFUE. Le condotte illecite, infatti, sono perpetrate nel mercato e in esso vengono risolte, tramite l'intervento di un'Autorità che è sì amministrativa, ma anche indipendente da qualunque pressione o suggerimento di carattere politico. Essa agisce autonomamente per la salvaguardia dell'interesse alla

⁵¹⁹ In tal senso, la risoluzione del Parlamento Europeo del 20 gennaio 2021, 2021/C 456/01, mandato d'arresto europeo e procedure di consegna gli Stati membri

⁵²⁰ per un approfondimento in merito alla possibile armonizzazione a livello europeo di una disciplina sanzionatoria penale per le persone fisiche che contribuiscano alla realizzazione di un illecito anticoncorrenziale, si veda M. Aranci, *op. cit.*

cui tutela è preposta, ossia quello alla concorrenza. Questo valore non può che essere lesa in seno al mercato del cui funzionamento è il principio.

In ragione di ciò, le sole persone rilevanti ai fini dell'espletamento dell'attività istruttoria e, eventualmente, di quella sanzionatoria, sono le persone giuridiche, ossia gli enti operanti sul mercato in quanto esercenti attività economiche⁵²¹.

Le persone fisiche emergono, allo stato attuale, nella disciplina unionale prima e nazionale poi, solo quali potenziali attori nell'ambito di un giudizio volto a ottenere il risarcimento del danno subito a causa dell'altrui condotta illecita da cui deriva un'infrazione delle norme antitrust.

Di seguito si andrà ad analizzare la disciplina nazionale attuativa della direttiva europea 2014/104/UE, atto che legifera esplicitamente in ordine all'istituto del *private antitrust enforcement*.

3. La direttiva 2014/104/UE e il suo recepimento

La direttiva 2014/104/UE è stata trasposta in ambito nazionale tramite il d.lgs. 3 del 2017⁵²².

La necessità di disciplinare esplicitamente l'azione di risarcimento da parte dei privati, soggetti a un'ingiusta lesione della propria sfera giuridica derivante da altrui condotte costituenti fatto illecito ai sensi della normativa *antitrust* deriva, nonostante l'univocità dell'interpretazione ermeneutica realizzata dalla giurisprudenza anche a livello comunitario⁵²³, dall'impellenza di statuire, al di là di ogni possibile dubbio, il pieno diritto alla riparazione del danno subito.

La difficoltà di far valere il diritto al risarcimento viene superata dalla direttiva europea che, già al considerando n. 3, sancisce che gli artt. 101 e 102 TFUE conferiscono direttamente ai singoli diritti e obblighi che le autorità giudiziarie nazionali sono chiamate a tutelare in coerenza con la normativa *antitrust*⁵²⁴.

Alla luce dell'atto legislativo europeo, orientato all'armonizzazione della disciplina in tutti gli Stati membri, l'Italia, sebbene con un lieve ritardo rispetto al termine ultimo fissato dalla direttiva stessa per la propria attuazione in ambito nazionale, ossia il 26 dicembre 2016, traspone a livello interno i dettami comunitari in ordine al *private antitrust enforcement*.

⁵²¹ Una possibilità ragionevole di armonizzazione Europea concernente la previsione di strumenti punitivi per le persone fisiche, potrebbe essere quella di adottare una direttiva che si fondi sull'art 114 TFUE e consenta l'irrogazione ai singoli di sanzioni amministrative e non penali, scongiurando così il dispendio di risorse umane ed economiche per la gestione di un procedimento penale che, del resto, potrebbe anche non concludersi con la condanna alla pena detentiva ma con ammende pecuniarie analoghe a quelle irrogabili a seguito di un procedimento amministrativo, per sua natura più celere e snello di quello penale.

In tal senso si veda M. Aranci, *op. cit.*, [par 4](#)

⁵²² D.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea.

⁵²³ Come meglio si vedrà anche al paragrafo 3.1 del presente capitolo

⁵²⁴ Considerando n. 3, direttiva 2014/104/UE

L'assetto dell'*enforcement* pubblicistico, il cui *dominus* è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, trova un suo corrispettivo privato nell'azione di risarcimento del danno appannaggio dei singoli lesi dalla condotta anticoncorrenziale.

L'affiancamento *dell'enforcement* privatistico all'*enforcement* pubblicistico risulta fondamentale al fine di accrescere il più possibile l'effettività e l'efficacia della normativa *antitrust*.

L'intervento pubblico, infatti, sebbene imprescindibile soprattutto in sede di accertamento dell'illecito, dovendo mettere in campo conoscenze e valutazioni tecnico scientifiche difficilmente fruibili in particolare dai singoli consumatori, potrebbe risultare poco utile ai fini di una reale repressione e punizione dell'illecito, se non esistesse la normativa oggi prevista dal d.lgs. 3/2017.

È da rilevare, infatti, che spesso le sanzioni amministrative risultano avere un importo assai inferiore rispetto al vantaggio lucrato dagli operatori economici autori dell'illecito e che, inoltre, l'Autorità *antitrust* mai potrebbe verificare tutte le denunce che le pervengono in ordine alla rilevazione di condotte anticompetitive sul mercato⁵²⁵. La stessa legge *antitrust* legittima l'Autorità ad agire sulla base delle priorità da quest'ultima stabilite, e a non dar seguito a segnalazioni che non rientrino tra i casi che ha inserito nell'alveo di quelli che necessitano un intervento prioritario⁵²⁶.

In ragione della necessità di completare ed efficientare il sistema, l'emanazione della Direttiva Europea ha portato il legislatore nazionale a darne attuazione in virtù degli obblighi unionali cui è vincolato.

Il d.lgs. 3/2017 statuisce *ex art. 1* che chiunque ha diritto al risarcimento del danno subito a causa di una violazione del diritto *antitrust* da parte di imprese o associazioni di imprese. Da questo primo comma emerge già un'importantissima disposizione, quella per cui convenuta nel giudizio di risarcimento di una lesione derivante da un'infrazione rilevante nell'ambito del diritto della concorrenza, può essere solo un'impresa o un'associazione di imprese. Risulta dunque preclusa l'azione nei confronti di persone fisiche, le quali si confermano anche in tale ambito escluse dal campo di applicazione della normativa.

L'attore può essere il soggetto direttamente danneggiato, chi agisca in nome e per conto di questo, ovvero chi sia succeduto nel diritto, anche rilevando la domanda risarcitoria⁵²⁷.

Il *quantum* del risarcimento è previsto che copra sia danno emergente che lucro cessante, nonché i relativi interessi maturati, tuttavia senza che sia legittimato lo sconfinare in una sovracompenrazione.

⁵²⁵ Sul tema, M. Libertini, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, in M. Maugeri A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, il Mulino, 2010

⁵²⁶ Art 12, comma 1 *ter*, L. 287/1990, introdotto dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 185

⁵²⁷ Direttiva 2014/104, art. 2 n. 4)

Ciò in ragione della necessità di scongiurare, che alla funzione risarcitoria dell'azione si aggiunga una finalità punitiva, propria non del *private*, ma del *public enforcement*, in cui rientra l'irrogazione delle sanzioni da parte dell'AGCM.

Nei giudizi instaurati in base alla normativa in parola, i soggetti agenti sono spesso posti in una posizione scomoda rispetto alla prova dei fatti a carico del convenuto che porterebbero all'accoglimento della propria domanda risarcitoria.

Al fine di colmare la lacuna conoscitiva data dall'inevitabile asimmetria informativa tra soggetto leso e impresa autrice dell'infrazione *ex artt.* 101 e 102 TFUE, quindi *artt.* 2 e 3 della L 287/1990, l'art 3 del d.lgs. 3/2017 dispone che il giudice possa ordinare, alle parti o al terzo, l'esibizione di prove rilevanti ai fini della decisione, essendo richiesto all'attore, al momento della proposizione della domanda, solo l'allegazione di fatti che rendano plausibile quanto richiesto⁵²⁸.

In aggiunta a ciò, qualora né le parti né i terzi siano in grado di fornire la prova richiesta, in quanto non rientrante nella loro disponibilità, l'autorità giudiziaria ne ordina l'esibizione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato⁵²⁹.

Il mancato adempimento, delle parti o del terzo, all'ordine del giudice di esibizione delle prove, fa nascere in capo all'autorità giudiziaria la facoltà di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie a chi si sia reso colpevole della violazione del comando impartito, violazione che non sia legittimata da un giustificato motivo.

È previsto, inoltre che, ove la parte rifiuti di adempiere all'ordine di esibizione nel procedimento per il risarcimento del danno, o si renda protagonista della distruzione di prove rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti, il giudice può tenere in considerazione tali comportamenti quali prove dei fatti cui le prove omesse o distrutte si riferiscono⁵³⁰.

Va precisato, che tutti hanno diritto a richiedere il pieno risarcimento del danno subito a qualsiasi impresa sia stata autrice dell'infrazione che ha causato la lesione per la quale si agisce. Ogni impresa, infatti, ai sensi della direttiva 2014/104, è responsabile in solido e tenuta a risarcire il danno “*nella sua integralità*”⁵³¹. Tuttavia, il principio appena espresso, non è da intendersi quale valore assoluto, in quanto subisce la deroga prevista dalla normativa europea e riportata all'interno del d.lgs. 3/2017, all'art. 9, rubricato “*responsabilità in solido*”. È qui previsto, conformemente all'art. 12, paragrafo 2, della direttiva, che qualora la richiesta di risarcimento del danno veda coinvolta, quale convenuta, anche una Piccola-Media impresa (PMI) che abbia preso parte all'infrazione anticoncorrenziale, essa è responsabile in solido per il risarcimento del danno solo nei confronti dei propri “acquirenti diretti

⁵²⁸ Art 3, comma 1, d. lgs 19 gennaio 2017 n. 3

⁵²⁹ Della valenza probatoria delle decisioni dell'AGCM si parlerà nel paragrafo 3.2

⁵³⁰ Art 6, comma 6, d.lgs. 3/2017

⁵³¹ Art 12 paragrafo 1, direttiva 2014/104/UE

e indiretti” ove la sua quota di mercato rilevante, durante il protrarsi dell’infrazione, non abbia superato il 5%⁵³². Tale previsione si fonda sulla volontà di evitare che piccole realtà economiche siano eccessivamente gravate nei casi in cui il loro vantaggio dall’illecito sia stato quasi trascurabile, al contrario, l’eccezione alla responsabilità in solido viene meno nel caso in cui risulti che la PMI abbia svolto un ruolo *leader* nella perpetrazione della violazione anti competitiva, si sia resa responsabile di condotte coercitive nei confronti di altri operatori economici al fine di indurli alla partecipazione, risulti essere già stata autrice di concotte contrarie al diritto della concorrenza⁵³³.

Posta la deroga a favore delle PMI, il principio generalmente applicabile tende a rendere il più semplice possibile per il soggetto leso esercitare il diritto al pieno risarcimento⁵³⁴, potendosi rivolgere a qualunque impresa abbia cooperato con quella da cui ha subito il danno, in qualità di suo acquirente diretto o indiretto, ai fini della realizzazione della condotta illecita.

Nel trattare di danni, non può non considerarsi un aspetto fondamentali ai fini della concretizzazione del suddetto diritto, ossia la determinazione del *quantum* risarcibile.

A proposito della quantificazione del danno richiesto dai soggetti lesi da una condotta anticoncorrenziale, il d.lgs. 3/2017 prevede che l’ammontare sia determinato sulla scorta delle norme contenute negli artt. 1223, 1226 e 1227 del c.c.

Tale previsione, contenuta nell’art 14, comma 1, ricalca quanto statuito dall’art 2056 c.c., consentendo quindi alla Suprema Corte di Cassazione di qualificare senza remore la responsabilità nascente dalla realizzazione di un danno derivato da un illecito antitrust, quale responsabilità extracontrattuale⁵³⁵.

Le richiamate disposizioni del c.c., come noto, comportano la risarcibilità del danno emergente e del lucro cessante, la possibilità per il giudice di procedere con una valutazione equitativa qualora la lesione non possa essere provata nel suo reale ammontare, l’assenza del diritto a ricevere il risarcimento nel caso in cui l’attore abbia colpevolmente concorso a cagionare il danno o comunque per i danni che avrebbe potuto evitare si producessero, usando l’ordinaria diligenza⁵³⁶.

In tema di quantificazione del danno, rilevano i concetti di acquirente diretto e acquirente indiretto. È acquirente diretto una persona fisica o giuridica che abbia direttamente acquistato da un operatore economico autore dell’infrazione, beni o servizi oggetto di una violazione del diritto della concorrenza; è acquirente indiretto, invece, una persona fisica o giuridica che abbia acquistato da un

⁵³² Art. 9, comma 1, d.lgs. 3/2017

⁵³³ Art. 9, comma 2, d.lgs. 3/2017

⁵³⁴ Dettagliatamente esplicitato dall’art. 3 della direttiva 2014/104/UE

⁵³⁵ Cassazione Civile, Sez. I, Ordinanza del 20 gennaio 2023, n. 1816

⁵³⁶ Considerati i consumatori come acquirenti non professionali in generale, il grado di diligenza richiesta non è qualificato, per cui si rifà alla nozione di diligenza del buon padre di famiglia, non alla diligenza professionale

acquirente diretto o da un acquirente successivo, beni o servizi oggetto della violazione concorrenziale, ovvero beni o servizi che li incorporano o che derivano da essi⁵³⁷.

La rilevanza di tali nozioni ha a che fare con il completamento e la piena realizzazione del diritto al risarcimento del danno, in quanto in esso è da includersi quella voce, detta sovrapprezzo, che viene trasferita (il trasferimento è detto passing-on) dall'operatore economico in virtù della violazione di cui è protagonista, prima all'acquirente diretto e poi, via via, ai diversi acquirenti indiretti.

Il sovrapprezzo si calcola verificando la differenza tra il prezzo che si è effettivamente pagato, e quello che sarebbe stato dovuto nel caso in cui non fosse stata in essere una violazione del diritto della concorrenza da parte del venditore.

Le linee guida dell'unione Europea a proposito del calcolo del sovrapprezzo asseriscono che, sia la costante giurisprudenza della CGUE, sia le fondamenta della direttiva n. 104 del 2014 nelle norme inerenti al trasferimento del sovrapprezzo⁵³⁸, si radicano nel principio compensativo oltre che sulla concretizzazione del diritto al pieno risarcimento.

Tali considerazioni impongono di permettere al soggetto leso di essere messo nella posizione in cui si sarebbe trovato qualora la violazione incriminata non fosse stata commessa.

Per tale ragione, l'art 12 della direttiva impone agli Stati membri di predisporre sistemi atti a risarcire il danno a chiunque lo abbia subito, indipendentemente dalla posizione di acquirente diretto o indiretto. Allo stesso tempo, è necessario evitare che il danno risarcito sia comprensivo di una sovracompenrazione, per cui gli Stati dovranno adottare le misure necessarie allo scopo di computare nel danno emergente solo il sovrapprezzo subito al livello di approvvigionamento occupato dall'attore.

Eccezione al risarcimento dovuto in ragione del sovrapprezzo trasferito è possibile solo ove il convenuto dimostri che il sovrapprezzo subito dall'attore sia da egli già stato trasferito.

L'onere della prova viene, in tale previsione, contenuta nell'art 13 della direttiva del 2014, ribaltato rispetto alla regola sancita dall'art 14 per cui, la prova del trasferimento su di sé del sovrapprezzo, deve essere fornita dall'attore, tenuto conto della prassi commerciale per cui i sovrapprezzi sono trasferiti a valle della catena di approvvigionamento.

Ai sensi dell'art 14, l'acquirente indiretto ha dato prova del trasferimento del sovrapprezzo subito, solo provando che:

1. Il convenuto abbia perpetrato una violazione del diritto della concorrenza;
2. Tale violazione abbia comportato il trasferimento di un sovrapprezzo all'acquirente diretto;

⁵³⁷ Art. 2, nn. 23 e 24, direttiva 2011/4/UE

⁵³⁸ Capo IV – trasferimento del sovrapprezzo (artt. 12-16)

3. Abbia acquistato beni o servizi oggetto della violazione del diritto della concorrenza, ovvero che dagli stessi derivano o li incorporano.

Tali prove devono essere cumulativamente fornite dall'attore, salvo nel caso in cui il convenuto sia in grado di provare verosimilmente che il sovrapprezzo non sia stato trasferito sull'acquirente indiretto.

Il principio compensativo, quindi il diritto al pieno risarcimento, si riverbera anche sulla posizione dei fornitori diretti o indiretti degli operatori economici che abbiano commesso un illecito anticoncorrenziale, in quanto il danno subito a valle potrebbe derivare dal prezzo inferiore pagato dagli autori dell'infrazione, ai propri fornitori⁵³⁹.

Il sovrapprezzo, secondo le linee guida delineate dalla Commissione Europea, rileva in due scenari nei quali può essere considerato, utilizzando una metafora ideata dalla stessa istituzione unionale, come scudo o come spada: nel primo caso il convenuto, autore di un'infrazione anticoncorrenziale, può utilizzare il sovrapprezzo come scudo, provando che l'attore l'ha già trasferito ai propri acquirenti, in tutto o in parte; nel secondo caso, è l'attore a dimostrare di aver subito il trasferimento di parte del sovrapprezzo dall'acquisto di beni o servizi inerenti alla violazione da parte degli acquirenti diretti, utilizzando quindi il concetto quale spada puntata avverso il convenuto in giudizio⁵⁴⁰. Nei due casi menzionati, l'onere della prova risulta la prima volta a carico del convenuto, la seconda a carico dell'attore.

La disciplina nazionale riguardante il trasferimento del sovrapprezzo è contenuta nel Capo IV del d.lgs. 3/2017⁵⁴¹. Quest'ultimo riporta quanto statuito dalla direttiva del 2014 e deve essere letto secondo un'interpretazione conforme rispetto ai dettami della Linee Guida della Commissione europea, orientati ad agevolare e coadiuvare l'operato del giudice in sede di quantificazione del danno, comprensivo del sovrapprezzo di cui l'attore ha subito il trasferimento.

Alla disciplina del Capo IV, si aggiunge, come visto, l'art 14 inerente alla quantificazione del danno complessivamente considerato. Quest'ultimo, attuando quanto previsto dall'art 17 par 2⁵⁴² della direttiva 2014/104, prevede al comma 2 una presunzione legale, secondo la quale la sussistenza del danno cagionato a seguito della partecipazione a un cartello è presunta, salva la prova contraria del convenuto.

⁵³⁹ Paragrafo 2.1, n. 14), comunicazione della Commissione, 2019/ C 267/07, *Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita all'acquirente indiretto*

⁵⁴⁰ Linee guida della Commissione, comunicazione 2019/C 267/07, 2.2 nn. 17-18-19

⁵⁴¹ Artt. 10-13 d.lgs.3/2017

⁵⁴² La presunzione ivi contenuta è presente anche al considerando 47 della direttiva 2014/104, ove si evidenzia la necessità di colmare attraverso una presunzione, l'includibile asimmetria informativa che lederebbe l'efficacia del rimedio risarcitorio

Data la difficoltà di una quantificazione corretta del danno subito a seguito di illeciti anticoncorrenziali, lo stesso art 14, al comma 3, statuisce la facoltà del giudice di richiedere assistenza in ordine alla determinazione del *quantum* da risarcire, all'AGCM. L'Autorità fornisce l'aiuto richiesto, a meno che esso non risulti pregiudizievole per l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico della normativa *antitrust*.

Al giudizio di risarcimento del danno, si affianca un ulteriore rimedio cui si è accennato ove si è parlato della disciplina stabilita da parte della direttiva Europea del 2014, che è quello della composizione consensuale delle controversie, circostanza rilevante anche in sede di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie da irrogare da parte dell'Autorità *antitrust*.

La normativa nazionale regola tali eventualità nel Capo V del d.lgs. del 2017, agli artt. 15 e 16, i quali disciplinano gli effetti della composizione consensuale sul giudizio di risarcimento attuale e sui futuri, riportando quanto previsto in materia dalla direttiva 2014/104⁵⁴³.

L'eventualità di una composizione della lite grazie all'accordo raggiunto dalle parti è incoraggiata, al punto da consentire la sospensione del giudizio risarcitorio fino a due anni⁵⁴⁴. Risulta evidente che il legislatore, europeo prima e nazionale poi, auspicasse l'esperimento di strumenti transattivi al fine, non solo di evitare onerosi e numerosi giudizi dinanzi a un'autorità giudiziaria nazionale, ma anche di consentire così la maggiore soddisfazione possibile delle esigenze di entrambe le parti che, sebbene certamente bilanciante in sede giurisdizionale, non potrebbero trovare migliore adeguamento attraverso trattative condotte direttamente tra loro, al di là dell'attuazione di tutti i complessi strumenti di quantificazione del danno eventualmente subito dal richiedente.

La sospensione del processo pendente, per consentire l'esperimento degli strumenti di composizione consensuale della lite, si accompagna alla sospensione dei termini di prescrizione previsti per la proposizione della domanda risarcitoria per le parti coinvolte, direttamente o tramite rappresentanti, nel procedimento di composizione.

Qualora la transazione vada a buon fine, il soggetto leso che abbia a essa preso parte, nel futuro ed eventuale giudizio per la riparazione del danno subito vedrà scomputato ai fini del risarcimento la parte del danno di cui ha già avuto ristoro in sede transattiva, potendo ora agire solo nei confronti dei coautori che non abbiano partecipato alla composizione consensuale. Questi ultimi, a meno di deroghe sancite dagli Stati membri, comunque superabili da quanto stabilito dal contratto di transazione concluso, non potranno richiedere ai coautori della violazione, che abbiano liquidato la somma risarcitoria in sede transattiva, un contributo per il pagamento della restante parte del danno da risarcire.

⁵⁴³ Artt. 18 e 19 contenuti nel Capo VI – composizione consensuale delle controversie

⁵⁴⁴ Art. 15, comma 2, d.lgs. 3/2017, derivante dal disposto dell'art 18, paragrafo 2, direttiva 2014/104/UE

I giudici nazionali possono valutare le somme liquidate a seguito di un accordo di transazione anche al fine di determinare l'entità del contributo richiedibile da parte di un coautore a un altro, affinché ciascuno risarcisca proporzionalmente il danno.

In ultimo è da rilevare che, quanto disposto dall'art 16 del d.lgs. 3/2017 in materia di effetti della composizione consensuale sulle azioni di risarcimento del danno successive, si applica anche ove la composizione sia definita con lodo arbitrale⁵⁴⁵⁵⁴⁶.

L'insieme delle disposizioni sin qui viste è rivolto alla tutela della posizione delle persone, fisiche o giuridiche, esposte ai riflessi negativi, concretizzatisi in danni, delle condotte anti competitive perpetrate da alcuni operatori in un dato mercato, tali da alterarne il corretto funzionamento.

Come già detto, prima dell'esplicitazione tramite la direttiva del 2014 del diritto al pieno risarcimento del danno subito a causa della violazione degli artt. 101 e 102 TFUE, tale strumento di *private enforcement* non godeva di troppa fortuna.

Ciò posto, si andrà ora ad analizzare l'elemento della legittimazione ad agire per la richiesta di risarcimento del danno, istituito strettamente connesso alla figura del passing-on (trasferimento del sovrapprezzo), per poi caratterizzare le diverse azioni risarcitorie esperibili in base al momento in cui vengono esperite, seguente o precedente l'accertamento dell'autorità preposta al controllo della concorrenza e del mercato.

3.1 La legittimazione ad agire nelle azioni di *private enforcement*

L'art 10 della direttiva del 2014 stabilisce che il diritto al risarcimento del danno può essere fatto valere da chiunque, a prescindere dalla sua posizione di acquirente diretto o indiretto, nozioni rilevanti, come detto, nell'ambito del passing-on, l'accertamento del quale non consente di accogliere la domanda risarcitoria, essendo il risarcimento riconoscibile solo a chi lo abbia materialmente subito⁵⁴⁷.

La giurisprudenza comunitaria, unita a ulteriori norme inserite nella direttiva, consente di delineare la legittimazione attiva in termini ancora più ampi rispetto al riconoscimento della stessa in capo ad acquirenti diretti o indiretti dell'impresa autrice dell'illecito.

Si è parlato della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di *Private antitrust enforcement*, foriera di pronunce idonee a evidenziare la necessità di riconoscere il diritto soggettivo al risarcimento

⁵⁴⁵ Di cui al Capo IV del titolo VIII de libro IV del c.p.c.

⁵⁴⁶ Disposizione prevista dall'ultimo comma, il comma 5, dell'art 16 del d.lgs.3/2017

⁵⁴⁷ Si veda in proposito, A. Piletta Massaro, *Diritto della concorrenza-giurisdizione e passing-on nel private antitrust enforcement: la decisione della CGUE*, in *Giurisprudenza Italiana*, 5, 1 maggio 2020, p. 1130

del danno subito a seguito di una condotta violativa del diritto della concorrenza, premendo sull'urgenza di assicurare piena effettività ai divieti statuiti dagli artt. 101 e 102 TFUE.

Ancora, in ragione di questa necessaria effettività, si parlerà dell'ampiezza riconosciuta sul versante attivo della legittimazione ad agire, prima da parte della CGUE e poi, normativamente, nella direttiva 2014/104/UE.

La CGUE, nella sentenza *Courage*⁵⁴⁸ come in quella *Manfredi*⁵⁴⁹, asserisce che il diritto di richiedere il risarcimento del danno deve essere riconosciuto a chiunque lo abbia subito, minando altrimenti alla piena efficacia ed effettività delle norme contenute negli artt. 101 e 102 del TFUE, idonee ad attribuire direttamente diritti e oneri in capo ai singoli, le cui posizioni sono da tutelare da parte dei giudici nazionali.

A partire dalle suddette pronunce, non di certo le uniche in materia⁵⁵⁰, la direttiva 2014/104 ha, in diversi punti, sancito l'assenza di limitazioni soggettive in merito alla legittimazione ad agire per il risarcimento di una lesione della sfera personale derivante da un'altrui condotta anticoncorrenziale. In proposito, il considerando n. 11 stabilisce che le norme nazionali che disciplinano il risarcimento del danno devono rispettare i principi di effettività ed equivalenza, per cui non rendere eccessivamente gravoso⁵⁵¹ l'esercizio del diritto, né più oneroso rispetto a quanto previsto da discipline applicate in casi analoghi. A ciò si aggiunga, che la direttiva dispone che il diritto soggettivo sia diritto al pieno risarcimento del danno subito, comprendente danno emergente, lucro cessante e interessi, scongiurando l'eventualità che si computi anche una sovracompensazione⁵⁵².

La legittimazione attiva, *ex art 3* della direttiva del 2014, spetta a qualunque persona, fisica o giuridica, che abbia subito un danno *antitrust*. Prima di tale previsione, nel testo dell'atto legislativo, i considerando n. 3 e 13 prevedono che il diritto al risarcimento è riconosciuto a ogni persona, fisica o giuridica, anche consumatori e autorità pubbliche, *“a prescindere dall'esistenza di un rapporto contrattuale diretto con l'impresa autrice della violazione”*⁵⁵³. L'effettività del delineato diritto passa necessariamente attraverso una coerente e orientata disciplina nazionale di norme procedurali che la garantiscano⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ CGUE, 20 settembre 2001 ECLI:EU:C:2001:465, C-453/99, punto 26

⁵⁴⁹ Sentenza del 13 luglio 2006 ECLI:EU:C:2006:461, sulle cause riunite C-295/04 a C-298/04, punto 61

⁵⁵⁰ Si ricorda anche: CGUE, quinta sezione 5 giugno 2014 ECLI:EU:C:2014:1317, sulla causa C-557/12

⁵⁵¹ Risulterebbe eccessivamente oneroso per l'attore dover allegare tutte le prove su cui si fonda la propria domanda risarcitoria, in quanto spesso esse sono detenute dal convenuto o da terzi. Disposizioni rigide in materia di presentazione di tali prove da parte dell'attore, potrebbero ostacolare indebitamente l'esercizio del diritto (considerando n. 14, direttiva 2014/104/UE)

⁵⁵² Art. 3, direttiva 2014/104/UE. La necessità di evitare una sovracompensazione ha a che fare con l'idea per cui il risarcimento non dovrebbe assolvere a una funzione punitiva, propria quella degli strumenti di public enforcement, quale quello che consente la comminazione di sanzioni amministrative pecuniarie.

⁵⁵³ Considerando n. 13, direttiva 2014/104

⁵⁵⁴ Considerando n. 4, ultimo periodo, direttiva 2014/104

In Italia, nel recepimento della direttiva europea del 2014, l'art 1 del d.lgs. 3/2017, al primo comma, detta l'ambito di intervento del decreto, coincidente con quello inerente al “*diritto al risarcimento in favore di chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza*”⁵⁵⁵.

La possibilità che l'azione risarcitoria sia esperita da parte di un'autorità pubblica, per cui da un ente che sia esterno e non operi nel mercato rilevante all'interno del quale è emerso l'illecito *antitrust*, oltre a essere pacificamente rinvenibile dalle disposizioni menzionate, è stata ufficialmente riconosciuta in seno alla giurisprudenza della CGUE che, per l'evoluzione della disciplina del private antitrust enforcement, è stata imprescindibile.

Nella causa C-435/18, la CGUE si pronuncia in merito alla possibilità che un ente pubblico, concessionario di sovvenzioni erogate nei confronti di un'impresa la quale sia stata accertata autrice di una condotta anticoncorrenziale, asserendo che, un'eventuale limitazione della legittimazione attiva per l'azione risarcitoria imposta dalla legislazione nazionale, minerebbe all'effettiva applicazione dei divieti previsti dal TFUE nonché all'effetto utile delle disposizioni⁵⁵⁶.

In ragione di ciò, deve essere riconosciuto a chiunque, quindi anche ad autorità ed enti pubblici, il diritto di richiedere ristoro dal danno *antitrust* subito, ferma restando la competenza esclusiva dei giudici nazionali a verificare l'esistenza del pregiudizio e il nesso di causalità con la violazione accertata.

La pronuncia della Corte ha definitivamente risolto i dubbi inerenti all'estensione della legittimazione attiva, da considerarsi quale elemento del tutto privo di limitazioni soggettive, che non farebbero altro che pregiudicare l'applicazione effettiva dei divieti e, di conseguenza, la tutela di uno dei valori centrali dell'ordinamento sovranazionale, quello della concorrenza, la cui lesione va scongiurata anche a monte, tramite lo sfruttamento dell'effetto deterrente proprio delle azioni risarcitorie.

L'intervento della CGUE si è rivelato centrale per superare le resistenze interne a qualche Stato membro, legato alle proprie peculiarità ordinamentali, nell'ottica di armonizzare e unificare sempre più il diritto a livello unionale⁵⁵⁷, in questo caso ampliando la portata applicativa del *private antitrust enforcement*. Questo si rivela un istituto assolutamente essenziale nella lotta contro le alterazioni concorrenziali e irrinunciabile da parte dei privati che potranno agire quali protagonisti, ove si

⁵⁵⁵ Art. 1, comma 1, d.lgs. 3/2017

⁵⁵⁶ CGUE, quinta sezione, 12 dicembre 2019, ECLI:EU:C:2019:1069, C-435/18, punto 22

⁵⁵⁷ A. Piletta Massaro, *Diritto della Concorrenza-Private enforcement-Private antitrust enforcement e legittimazione ad agire degli enti*, in *Giurisprudenza italiana*, 12, 1 dicembre 2020, p. 2693.

Il contributo consiste in una nota a sentenza della CGUE, 12 dicembre 2019, ECLI:EU:C:2019:1069, sulla causa C-435/18. In tale pronuncia risultano particolarmente rilevanti i punti 23 e 25 in cui la Corte enuncia il diritto di chiunque a richiedere il risarcimento del danno *antitrust* subito in modo da suffragare l'effettività dei divieti *ex artt.* 101 e 102 TFUE; il punto 26 ricorda che, in ragione di questa necessaria garanzia di effettività, le norme nazionali devono riconoscere a chiunque la legittimazione ad agire per il risarcimento; i punti 30 e 31 ricordano che ogni qualvolta esista un nesso di causalità tra la violazione e il danno, a ciò deve conseguire il risarcimento, spettando però al giudice nazionale la verifica in ordine alla sussistenza del pregiudizio e dell'eventuale nesso di causalità.

accresca la loro consapevolezza in ordine al diritto soggettivo di cui risultano essere titolari, in modo da contribuire, in via sempre più determinate, alla salvaguardia dell'assetto concorrenziale del mercato unico europeo.

Ciò detto, si andrà ora ad analizzare la differenza intercorrente tra le diverse qualificazioni dell'azione risarcitoria, in base al momento in cui essa viene esperita.

3.2 Le azioni follow-on e stand-alone

Il diritto soggettivo al pieno risarcimento del danno, come definito *ex art 3* della direttiva 2014/204/UE, prescinde dall'eventualità che l'Autorità antitrust abbia già assunto una posizione definitiva in merito alla lamentata violazione del diritto della concorrenza, origine diretta del danno da cui si richiede il ristoro.

In ragione di ciò, i procedimenti civili rivolti al risarcimento del danno *antitrust* possono essere instaurati dagli interessati, non solo a seguito di un provvedimento di accertamento definitivo assunto nell'ambito del *public enforcement* da parte dell'Autorità competente, ma anche in momenti antecedenti. È proprio sulla base del momento in cui viene proposta l'azione di risarcimento del danno derivante da un illecito anticoncorrenziale, che sovente si distinguono azioni cosiddette *follow-on* e azioni *stand-alone*.

Le prime, come si evince dal dato letterale, consistono in azioni che si fondano su una violazione del diritto della concorrenza già accertata, quindi seguono il provvedimento definitivo assunto da parte dell'AGCM, ovvero l'accertamento di altre autorità nazionali o dalla Commissione Europea. L'esperimento di un'azione *ex post* rispetto all'accertamento definitivo assunto da parte dell'Autorità garante, rende il provvedimento stesso presupposto logico-giuridico dell'azione civile e consente di farlo valere in giudizio secondo l'efficacia allo stesso assegnata dall'art 7 del d.lgs. 3/2017⁵⁵⁸.

Le azioni *stand-alone*, invece, risultano essere azioni prive dell'accertamento a monte della violazione del diritto *antitrust*, esperite dal soggetto interessato prima che l'Autorità garante abbia assunto una posizione definitiva sull'illecito lamentato⁵⁵⁹. Tale tipo di azione risulta, ancorché più dispendioso per l'attore che dovrà allegare la prova del fatto illecito su cui si fonda il danno, comunque prevista dall'ordinamento europeo il quale, nella direttiva 2014/104, stabilisce che “*il diritto al risarcimento è riconosciuto a ogni persona fisica o giuridica...a prescindere dal fatto che un'autorità garante della concorrenza abbia o meno preventivamente constatato una violazione*”⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ Di cui si parlerà più diffusamente nel paragrafo successivo, a proposito dell'efficacia degli accertamenti dell'Autorità antitrust nel procedimento civile

⁵⁵⁹ Per la definizione delle azioni *follow-on* e *stand-alone*, si veda G.A.M. Bellomo, *Alcuni chiarimenti sulla decorrenza della prescrizione delle azioni follow-on di private enforcement e sul momento percettivo del danno*, in *Il diritto industriale*, 6, 1 novembre 2020, p. 509

⁵⁶⁰ Considerando n. 13, direttiva 2014/104/UE

La vantaggiosità della prima tipologia di azioni risulta evidente, soprattutto in considerazione della asimmetria informativa che accresce la difficoltà della dimostrazione dei fatti a fondamento della propria richiesta da parte dell'attore, che sono costituiti dalla concretizzazione di un illecito *ex artt.* 101 e 102 TFUE. L'insaturazione del giudizio a seguito di una presa di posizione autorevole, quale quella dell'AGCM, non può che sgravare l'attore di uno dei più importanti oneri probatori, incentrato su un peculiare tipo di illeciti che tendono a rimanere spesso segreti e cui sottendono scenari particolarmente complessi da ricostruire dal punto di vista economico, richiedendo informazioni e conoscenze tecniche cui il singolo è difficile possa accedere⁵⁶¹.

Per quanto riguarda la legittimazione ad agire tramite azioni follow-on, al di là delle diverse disquisizioni in materia, sono da ritenersi legittimati attivi non solo i soggetti che hanno effettivamente preso parte al procedimento di accertamento dell'infrazione anticoncorrenziale esperito dall'AGCM, ma anche coloro i quali avrebbero potuto prendervi parte secondo le disposizioni di legge⁵⁶²

Ciò posto, indipendentemente dalla qualificazione dell'azione rispetto al criterio su indicato dell'assunzione di una decisione sulla condotta all'origine del danno per il cui risarcimento si agisce, l'art 18 del d.lgs. 3/2017 statuisce sulla competenza dei tribunali. La disposizione ha previsto che venisse modificato l'art 4 del d.lgs. 168/2003⁵⁶³, il quale sancisce ora che, per le controversie previste *ex art* 33 della L. 287/1990 e per quelle concernenti la violazione del diritto antitrust Europeo, sono inderogabilmente competenti le sezioni speciali in materia di imprese di Milano, di Roma e di Napoli⁵⁶⁴.

I tribunali competenti, oggi, conformemente a quanto ci si aspetterebbe, soprattutto in considerazione dell'asimmetria informativa fisiologica in cui versa l'attore che richiede il risarcimento di un danno

⁵⁶¹ Sul tema, R. Camposeo, *Il valore del provvedimento dell'Autorità Garante nel sistema antitrust del doppio binario tra forza vincolante e criticità del sistema*, in Giustiziacivile.com, 11/2018

⁵⁶² G. Muscolo, IX Convegno antitrust di Trento, 11-13 maggio 2023

⁵⁶³ D.lgs. 27 giugno 2003 n. 168, istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale presso tribunali e corti d'appello, a norma dell'art 16 della legge 12 dicembre 2002 n. 273

⁵⁶⁴ L'art 18 comma 1, lett b) ha disposto che all'art 4 del d.lgs. 168/2003 fosse aggiunto il comma 1 ter, il quale prevede che: "per le controversie di cui all'art 3, comma 1, lettere c) e d), anche quando ricorrono i presupposti del comma 1 bis, che, secondo gli ordinari criteri di competenza territoriale e nel rispetto delle disposizioni normative speciali che le disciplinano, dovrebbero essere trattate dagli uffici giudiziari di seguito elencati, sono inderogabilmente competenti: a) la sezione specializzata in materia di imprese di Milano per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Brescia, Milano, Bologna, Genova, Torino, Trieste, Venezia, Trento e Bolzano (sezione distaccata); b) la sezione specializzata in materia di imprese di Roma per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di Ancona, Firenze, L'Aquila, Perugia, Roma, Cagliari e Sassari (sezione distaccata); c) la sezione specializzata in materia di imprese di Napoli per gli uffici giudiziari ricompresi nei distretti di corte d'appello di Campobasso, Napoli, Salerno, Bari, Lecce, Taranto (sezione distaccata), Potenza, Caltanissetta, Catania, Catanzaro, Messina, Palermo, Reggio Calabria.

Inizialmente le azioni di private enforcement erano destinate, per disposizione dell'originario art 33, comma 2, L. 287/1990, in primo e unico grado, salvo quello di legittimità, alle Corti di Appello competenti per territorio.

Successivamente, con il d.l. 1/2012, convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2012, n. 27, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, art 2, comma 2, sono state istituite le sezioni specializzate in materia di imprese, la cui competenza è stata circoscritta territorialmente a quelle di Milano, Roma e Napoli con l'avvento del d.lgs. 3/2017.

da egli sofferto a causa di un altrui comportamento anticoncorrenziale, asimmetria che spesso è il giudice, come visto, a dover colmare tramite l'ordine di esibizione di prove rilevanti, si occupano circa per il 74% dei casi di azioni cosiddette *follow-on*, per il restante 26% di azioni *stand-alone*.

Nella maggior parte delle azioni, quindi, la richiesta di risarcimento segue alla presa di posizione dell'Autorità antitrust rispetto all'accertamento dell'illecito e alle eventuali sanzioni, di modo che il giudizio civile poggi già su una solida base.

Ciò posto, bisogna ora brevemente trattare il tema relativo al momento rilevante ai fini dell'individuazione della frazione di tempo in cui si perfeziona la percezione del danno, per come ricostruito dalla giurisprudenza, affinché decorra legittimamente il termine prescrizione previsto che, per disposizione della direttiva, non può essere inferiore a 5 anni⁵⁶⁵.

3.2.1 La prescrizione e il momento percettivo del danno

A proposito dei termini entro cui si prescrive il diritto soggettivo all'azione per il risarcimento del danno *antitrust*, per la loro individuazione, bisogna partire dalla qualificazione di quest'ultimo avanzata dalla Corte di Cassazione, la quale lo ha ricostruito quale danno derivante da responsabilità extracontrattuale⁵⁶⁶. Oggi, l'art. 8 del d.lgs. 3/2017, pur confermando il termine di prescrizione quinquennale previsto dal codice civile per le azioni vertenti sulla responsabilità aquiliana, evidenzia la peculiarità del danno *antitrust*. La disposizione, infatti, prevede che la prescrizione sia sospesa durante tutto il periodo di tempo in cui l'Autorità garante eserciterà eventualmente i propri poteri di indagine e istruttori, sospensione che perdurerà fino al decorso dell'anno successivo all'assunzione del provvedimento definitivo dell'Autorità, o dalla diversa chiusura del procedimento⁵⁶⁷.

La norma in parola, in conformità con quanto sancito dall'art 10, paragrafo 4, della direttiva europea del 2014, relativo ai termini di prescrizione, prescrive un decorso prescrizione favorevole all'attore, soprattutto ove l'AGCM si preoccupi di indagare sulla violazione da cui si origina la pretesa risarcitoria.

La prescrizione delle azioni *follow-on*, dunque, rimane sospesa durante tutto il periodo necessario all'accertamento, fino all'anno successivo all'assunzione del provvedimento definitivo.

Per quanto concerne la prescrizione delle azioni *stand-alone*, che non sono coperte a monte dall'accertamento in ordine alla sussistenza della violazione del diritto antitrust, è previsto che la prescrizione non possa decorrere prima che l'attore conosca, ovvero si presume ragionevolmente che sia a conoscenza, di una serie di elementi da leggersi quali cumulativi: la condotta e il fatto,

⁵⁶⁵ Art 10, paragrafo 3, direttiva 2014/104/UE

⁵⁶⁶ Per la quale il Codice Civile prevede *ex art 2947* una prescrizione quinquennale decorrente dal giorno in cui si è verificato il fatto illecito da cui sorge il danno.

⁵⁶⁷ Art 8, comma 2, d.lgs. 3/2017

consapevole che essi costituiscono violazioni del diritto della concorrenza; che il danno da lui subito sia stato cagionato da tale violazione; dell'identità dell'autore dell'infrazione.

Indipendentemente dalla qualificazione delle azioni, si andrà ora a parlare brevemente di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità in merito all'individuazione del momento percettivo del danno *antitrust*.

La Corte di Cassazione ha in recenti pronunce affrontato il problema dell'individuazione della frazione di tempo a partire dalla quale possa considerarsi percepito o percepibile il danno *antitrust*.

La Corte ha evidenziato come, a differenza della disciplina codicistica prevista *ex art.* 2935, non può farsi decorrere la prescrizione dal momento in cui il diritto può essere fatto valere. Nel caso in cui emerga un danno *antitrust*, quindi, non può prendersi come riferimento temporale, ai fini del decorso dei termini prescrizionali, quello in cui l'illecito anticoncorrenziale è stato commesso, ma quello in cui il danno si manifesti all'esterno, in modo da essere almeno percepibile da parte del soggetto che ha interesse ad agire in via risarcitoria. Come già detto, infatti, il danno da illecito *antitrust* è qualificato dalla Cassazione come danno lungolatente, il cui manifestarsi nella realtà naturale può discostarsi temporalmente anche in maniera significativa dal momento in cui viene realizzata la condotta idonea alla sua concretizzazione.

Recentemente, nel più specifico ambito della decorrenza della prescrizione per le azioni *follow-on*, la Corte di Cassazione si è pronunciata distinguendo i momenti rilevanti per la percezione del danno a seconda che i soggetti lesi siano consumatori o imprese concorrenti. La Corte ha affermato che, nel caso in cui il danno *antitrust* sia subito da un consumatore, rileva il momento in cui questo abbia avuto piena conoscenza del danno subito, nonché consapevolezza con riguardo alla sua natura di danno ingiusto. Diversamente, ove la lesione anticoncorrenziale abbia coinvolto un'impresa operante nel medesimo mercato, il momento percettivo del danno coincide con quello in cui l'illecito anti competitivo abbia assunto una dimensione pubblicitaria tale per cui la stessa impresa non potrebbe diligentemente ignorare il possibile concretizzarsi di un danno a proprio carico.

A seguito di tale distinzione, la Cassazione individua lo stesso *dies a quo* per il decorso dei termini di prescrizione, nel momento in cui sia consumatori che imprese siano stati adeguatamente informati, da poter almeno presumere la loro conoscenza della condotta violativa del diritto della concorrenza e del possibile riflesso di un danno ingiusto nella propria sfera patrimoniale.

Ciò posto, dunque, si può concludere che, indipendentemente dalla natura soggettiva del soggetto leso, persone fisica o impresa che sia, e a prescindere dalla qualificazione dell'azione risarcitoria come *stand alone* o *follow-on*, la Corte di Cassazione⁵⁶⁸ individua nell'informazione e, quindi, nella

⁵⁶⁸ Sul tema del momento percettivo del danno e del decorso della prescrizione per l'azione risarcitoria di un danno antitrust, si vedano, *ex multis*: Corte di Cassazione, sez. I, 3 aprile 2020, n. 7677; Cassazione Civile, Sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381; Cassazione Civile, Sez. III, 10 maggio 2013, n. 11119; Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 18

conoscenza dell'illecito, il nucleo fondamentale rilevante ai fini dell'individuazione del momento percettivo del danno.

A ciò si aggiunga, che l'avvio dell'istruttoria da parte dell'AGCM è da ritenersi in ogni caso rilevante ai fini della verifica in ordine all'avvenuta conoscenza dell'illecito da parte delle imprese concorrenti⁵⁶⁹.

Al di là di tali considerazioni, è indubbio che la normativa nazionale debba essere interpretata in maniera conforme rispetto alla direttiva che si prefigge di attuare, ossia la 2014/104 in materia di *private enforcement*. Ai fini di tale disciplina europea, le azioni di *enforcement* dei privati non possono essere deprivate della loro effettività ed efficacia rendendone assai complesso l'esperimento, attraverso la previsione di un irragionevole decorso dei termini di prescrizione. Questo è ancora più vero, ove sussista una presa di posizione da parte dell'Autorità garante della Concorrenza, a seguito della quale dovrebbe sempre essere possibile intentare azioni risarcitorie, quali azioni cosiddette *follow-on*. Per questo, la direttiva statuisce che il termine di prescrizione non dovrebbe iniziare a decorrere "*prima che la violazione sia cessata e prima che un attore sia a conoscenza, ovvero prima che si possa ragionevolmente presumere che egli sia a conoscenza del comportamento che costituisce la violazione, del fatto che la violazione gli ha causato un danno e dell'identità dell'autore della violazione*"⁵⁷⁰.

Anche in virtù di tale disposizione, l'individuazione del dies a quo della prescrizione in un momento antecedente a quello in cui il diritto al risarcimento possa essere effettivamente fatto valere da parte del titolare, ignaro rispetto ai fatti che ne costituiscono il fondamento, è, inoltre, a dire della Corte di Cassazione, contrario allo spirito del 2935 c.c.

Ciò detto, si andrà ora a sviscerare il tema dell'efficacia, in seno al procedimento risarcitorio civile istaurato con azioni *follow-on*, dei provvedimenti definitivi dell'Autorità Antitrust.

3.2.2 L'efficacia delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei giudizi civili

L'art 7 del d.lgs. 3/2017, rubricato "*effetti delle decisioni dell'Autorità garante della concorrenza*", traspone in ambito nazionale quanto previsto dalla Direttiva 2014/104/UE *ex art 9*.

L'atto legislativo Europeo enuncia, prima di tutto, la necessità che si realizzi una disciplina comune in seno all'ordinamento degli Stati membri, in ordine alla valenza probatoria del provvedimento

novembre 2008, n. 27337. In tutte queste pronunce si afferma che la prescrizione non possa decorrere prima che il danno antitrust sia manifestato all'esterno in maniera tale da divenire oggettivamente percepibile e riconoscibile, usando l'ordinaria diligenza.

⁵⁶⁹ G.A.M. Bellomo, *op. cit.*

⁵⁷⁰ Considerando n. 36 della direttiva 2014/104/UE e art. 10 della stessa, ripresi dall'art 8 del d.lgs. 3/2017

definitivo assunto da un'Autorità nazionale garante della concorrenza nell'ambito di un procedimento civile rivolto alla valutazione della richiesta di risarcimento per il danno *antitrust* subito da un privato. L'armonizzazione legislativa rispetto all'efficacia da assegnare a tali provvedimenti, nel giudizio civile fondato sul *private enforcement*, concorre a una coerente ed efficace applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE da parte della Commissione e, soprattutto, delle Autorità nazionali garanti della concorrenza. La direttiva dà impulso a tale armonizzazione asserendo, già al considerando n. 34, che sarebbe auspicabile ritenere l'accertamento della violazione dei divieti posti dagli artt. TFUE, compiuto da parte dell'Autorità garante, e non venga più messo in discussione nelle successive azioni per il risarcimento del danno.

L'art 9 della direttiva prescrive, al par. 1, che gli Stati membri debbano provvedere affinché una violazione del diritto della concorrenza che sia stata accertata con provvedimento definitivo di un'autorità nazionale garante della concorrenza, ovvero dal giudice competente a conoscere del ricorso avverso i provvedimenti di tale autorità, sia ritenuta definitivamente accertata nell'ambito delle eventuali azioni proposte per il risarcimento del danno.

A tale statuizione si aggiunge, al par 2⁵⁷¹, l'obbligo degli Stati membri di assicurare alle decisioni definitive di autorità nazionali garanti della concorrenza straniera, almeno valenza di prova *prima facie*⁵⁷² nei procedimenti risarcitori, valutando eventualmente la stessa con altre prove addotte dalle parti. La disposizione unionale in parola estende ai provvedimenti definitivi delle autorità nazionali garanti della concorrenza la valenza già conferita alle decisioni della Commissione Europea, dall'art 16 del Regolamento 2003/1/CE. Esso, infatti, prescrive l'impossibilità, per i giudici nazionali e le autorità nazionali che si pronuncino in materia dei divieti statuiti dagli artt. 101 e 102 TFUE, di decidere in maniera contrastante rispetto a quanto già concluso dalla Commissione.

L'art 7 del d.lgs. 3/2017 ripropone fedelmente quanto disposto dalla disciplina europea. Il primo periodo della norma sancisce che la violazione del diritto della concorrenza accertata dall'AGCM, contenuta in un provvedimento non più impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, o in una sentenza dello stesso riguardo alla violazione, che sia passata in giudicato, si ritiene definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno.

Il vincolo imposto al giudice civile tramite la previsione di un ingresso incontestabile delle decisioni definitive dell'Autorità garante che constatino la sussistenza di una violazione del diritto antitrust, sebbene disciplinato esplicitamente solo nel 2017, era già stato, in parte, elaborato in seno alla giurisprudenza di legittimità.

⁵⁷¹ Al paragrafo 2 segue il 3, che precisa l'intangibilità dei diritti e obblighi che all'autorità giudiziaria nazionale discendono dall'art 267 TFUE relativo all'istituto del rinvio pregiudiziale alla CGUE.

⁵⁷² Tale previsione è già contenuta nel considerando n. 35 della direttiva 2014/104/UE.

La prima pronuncia a riguardo ha affermato che, nell'ambito di un procedimento giurisdizionale risarcitorio, la decisione dell'Autorità garante o dei giudici amministrativi che abbiano, in via definitiva, confermato o riformato tale decisione, riveste un significativo ruolo ai fini dell'accertamento dell'intesa, della pratica concordata o dell'abuso di posizione dominante, costituendo una prova privilegiata in ordine alla sussistenza del comportamento accertato, ovvero della posizione rivestita nel mercato e del suo eventuale abuso. Nel giudizio civile, è comunque possibile offrire prove, sia a sostegno di tale accertamento che contrarie. Queste prove possono essere adottate, non solo dal soggetto che ritenga esistente la violazione, qualora si abbia a che fare con un provvedimento di archiviazione o di diniego da parte dell'autorità antitrust, ma anche dall'impresa accusata che potrebbe addurre prove contrarie rispetto agli accertamenti eseguiti e alle conseguenze che sono state tratte⁵⁷³.

Nel prosieguo della sentenza, la Cassazione specifica che i giudici di merito sono competenti per l'accertamento dell'illecito in via autonoma, liberi dal vincolo di un condizionamento da parte dei provvedimenti assunti dall'AGCM sia sul piano processuale che su quello sostanziale⁵⁷⁴.

La valenza probatoria della decisione dell'AGCM è stata oggetto di ulteriori e, di poco successive, pronunce della Corte di Cassazione che ne hanno maggiormente ampliato la valenza probatoria, asserendo che, sebbene possibile fornire prova contraria, il ruolo di prova privilegiata del provvedimento definitivo dell'Autorità *antitrust*, nell'ambito del giudizio risarcitorio civile, impedisce di mettere in discussione i fatti costitutivi posti a fondamento dell'accertamento in ordine alla sussistenza della violazione, sulla base dello stesso materiale probatorio e delle stesse argomentazioni disattese nell'ambito del procedimento istruttorio o del ricorso amministrativo⁵⁷⁵.

Ancora prima dell'avvento della direttiva del 2014, quindi, la giurisprudenza nazionale aveva fatto in modo di assicurare un ruolo preminente all'accertamento definitivo, in ordine alla violazione del diritto della concorrenza, compiuto dall'Autorità amministrativa indipendente⁵⁷⁶ a ciò preposta, nell'ambito del giudizio civile azionato quale misura di *private enforcement* per ottenere il

⁵⁷³ Cassazione Civile, Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, punto 1.3

⁵⁷⁴ Cassazione Civile, Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, punto 7.2

⁵⁷⁵ Cassazione civile, Sez. III, 5941 e 5942 del 2011; Cassazione penale, Sez. I, 23 marzo 2011, n. 11610. Con tali pronunce la Corte anticipa quanto verrà poi statuito dalla Direttiva 2014/104/UE e, in particolare nell'ultima sentenza, qualifica la presunzione relativa alla sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale accertato all'interno di un provvedimento definitivo dell'AGCM, come una presunzione *iuris tantum* e non *iuris et de iure*, è pertanto una presunzione relativa superabile da prova contraria secondo l'analisi della giurisprudenza di legittimità di quell'anno, in quanto era pacifico il principio per cui il convenuto, autore del presunto illecito antitrust deve essere sempre ammesso a fornire prova contraria alla presunzione di responsabilità di cui usufruisce l'attore (Cassazione civile, Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305; Cassazione civile, Sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211).

In proposito si veda, F. Pasquarelli: "Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell'AGCM a seguito della direttiva 2014/104/UE", in *Il diritto industriale*, 1 maggio 2016, n. 3, pag. 252

⁵⁷⁶ La Corte di Cassazione, prima della direttiva del 2014, assegnava il valore di prova privilegiata anche ai provvedimenti della Banca d'Italia, pur se privi di finalità inibitoria o sanzionatoria, F. Goisis, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1/2018

risarcimento della lesione antitrust. Esso era considerato idoneo a dimostrare, salva la prova contraria, la statuizione di cui era foriero, almeno quale prova *prima facie*.

L'intervento della Direttiva Europea del 2014, nel quadro appena tracciato, ha aperto la strada a una nuova, nonché compiuta e convergente complementarietà di *public* e *private enforcement*. Tali forme di tutela sono fisiologicamente orientate alla salvaguardia di diversi interessi: quello a un corretto funzionamento del mercato fondato su un assetto marcatamente concorrenziale, il primo⁵⁷⁷; quello privato all'integrità della propria sfera soggettiva, mediante la pronuncia del giudice ordinario in merito all'azione per il risarcimento del danno, il secondo.

La sinergia, che la normativa unionale promuove⁵⁷⁸, non può che aumentare l'efficacia, nonché l'omogeneità e l'efficienza dell'una e dell'altra azione in quanto, come già ricordato, sebbene il *private enforcement* sia immediatamente rivolto al soddisfacimento di una pretesa egoistica, per mezzo di tale soddisfacimento si realizza mediamente una più forte tutela del valore, nazionale e sovranazionale, della concorrenza.

La disciplina prevista dall'art 9 della direttiva unionale e traspota, in Italia, nell'art 7 del d.lgs. 3/2017, ha senza dubbio un riflesso importante sui rapporti tra *public* e *private enforcement*, in quanto prescrive l'imposizione agli Stati membri di provvedere, affinché le decisioni delle autorità nazionali garanti della concorrenza, quella locale nonché le straniere, facciano stato nel giudizio civile per il risarcimento del danno *antitrust*, comportando l'impossibilità di rimettere in discussione la violazione del diritto della concorrenza accertata, fermo restando un diverso e autonomo giudizio del giudice ordinario con riguardo alla sussistenza del necessario nesso causale ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria, nonché all'esistenza del danno preteso⁵⁷⁹.

Bisogna ora cercare di comprendere fino a che punto la decisione definitiva dell'Autorità *antitrust* in ordine all'accertamento della condotta illecita anticoncorrenziale, che viene lamentata quale causa di un danno in un giudizio civile, sia vincolante e quali sono i profili di problematicità.

⁵⁷⁷ Il T.A.R. Lazio si è espresso in proposito asserendo che l'AGCM “agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale”, T.A.R Lazio, Roma, Sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713.

⁵⁷⁸ Il Consiglio di Stato, a proposito della complementarietà tra *public* e *private enforcement* e, in particolare, dell'efficacia delle decisioni AGCM in seno al giudizio civile risarcitorio, dice che il d.lgs. 3/2017, attuativo della direttiva 2014/104/UE, delinea un modello di forte cooperazione tra *public* e *private enforcement* contro i danni antitrust subiti dai privati, il che dimostra che la scelta italiana verte non alla “separazione o alla concorrenza, bensì alla cooperazione collaborativa tra *public* e *private enforcement*, con continui travasi di esperienze, accertamenti e documentazione dall'uno all'altro plesso di tutela” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987, punto 6.6)

⁵⁷⁹ L'art 7, comma 1, ultimo periodo, del d.lgs. 3/2017, stabilisce che: “quanto previsto al primo periodo riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità o l'esistenza del danno”. Con ciò si ripropone quanto detto anche nel considerando n. 34 della direttiva 2014/104/UE.

La soluzione italiana, a differenza di quella tedesca⁵⁸⁰, appare abbracciare una via intermedia tra la piena vincolatività e la totale irrilevanza del provvedimento definitivo dell'autorità antitrust nel giudizio civile sul risarcimento del danno.

È bene prima di tutto precisare che, in conformità con quanto previsto dalla disciplina europea, l'art 7 statuisce in ordine alla valenza probatoria non di qualsiasi provvedimento assunto da parte dell'Autorità *antitrust*, ma solo di quello che rechi il carattere della definitività e, quindi, sia ormai impassibile di impugnazione dinanzi al giudice competente, o quello su cui questo si sia già pronunciato con sentenza passata in giudicato. Tale precisazione è fondamentale per garantire che l'ingresso privilegiato del provvedimento dell'AGCM in seno al processo civile sia foriero di una valutazione di elementi ormai consolidati, non più assoggettabili a un sindacato giurisdizionale e, per questo, definitivi.

Nell'accrescimento della complementarità tra *public* e *private enforcement* è evidente che entrambe le autorità coinvolte, l'AGCM e l'autorità giudiziaria ordinaria, debbano procedere con ponderazione e ragionevolezza. La prima deve agire in modo tale che le valutazioni compiute durante il procedimento istruttorio, confluite nella decisione, non travalichino i limiti di competenza a essa conferiti, altrimenti rischiando di produrre nel giudizio civile un'irragionevole restrizione delle tutele processuali. Il giudice ordinario, allo stesso modo, in ossequio alla propria indipendenza e al principio di separazione dei poteri, deve approfonditamente analizzare il provvedimento, cogliendone i fatti costitutivi e gli elementi dotati di minore autorevolezza, in quanto asseriti a seguito di una valutazione meno profonda da parte dell'AGCM.

Uno dei primi problemi emergenti ha a che fare con la legittimità del vincolo imposto a partire dal livello sovranazionale, quale limite al potere di disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario, comportante una flessione di uno dei principi cardine e fondanti dello Stato di diritto, ossia il principio di separazione dei poteri, leso dall'influenza del potere esecutivo dell'amministrazione, in questo caso esercitato da un'autorità indipendente⁵⁸¹, su quello giudiziario. L'art 7 evita di assegnare al provvedimento definitivo dell'Autorità Antitrust la valenza probatoria di una presunzione assoluta, che sarebbe oggetto di più pressanti discussioni, ma regola l'efficacia alla stregua di una presunzione legale *iuris tantum*. Ciò comporta che, sebbene la violazione del diritto *antitrust* constatata all'interno di un provvedimento definitivo dell'Autorità o di una sentenza passata in giudicato del giudice del ricorso valga quale accertamento definitivo della sussistenza dell'illecito, tale prova è superabile da una contraria.

⁵⁸⁰ La Germania ha previsto già nel 2005 all'art 33 della legge sulla concorrenza che le corti nazionali siano vincolate a quanto contenuto nei provvedimenti dell'autorità garante della concorrenza tedesca e di quelle degli altri Stati membri. R. Camposeo, *op. cit.*

⁵⁸¹ Istituita dall'art. 10 della L. 287/1990

A differenza di quanto in precedenza asserito dalla giurisprudenza di legittimità, in ordine alla possibilità che la prova contraria fosse fornita dall'impresa convenuta in caso di provvedimento di accertamento e dall'attore in caso di diniego o archiviazione della pratica, è oggi da rilevare che l'art 7 nomina unicamente il provvedimento positivo. È da ritenersi, dunque, che sia idoneo ad assumere la valenza probatoria disciplinata dall'art 9 della direttiva n. 104 del 2014/UE solo la decisione dell'AGCM che contenga un accertamento positivo inerente all'effettiva realizzazione, da parte dell'impresa, o associazione di imprese, sottoposta a indagine, della condotta anticoncorrenziale⁵⁸². La finalità della nuova disciplina, infatti, è quella di indurre a una sempre maggiore cooperazione di *public e private enforcement* per la salvaguardia della concorrenza, collaborazione che non può pretendersi ove il danno ingiusto di cui si richiede il ristoro, nell'ambito dell'azione risarcitoria, derivi da un fatto illecito non accertato dall'autorità, per cui *in toto* da ricostruire in seno al processo civile, per le finalità di quest'ultimo.

La stessa ricostruzione del fatto che verifichi, solo al fine della salvaguardia dell'interesse privato che ha spinto all'azione risarcitoria, la sussistenza della condotta anticoncorrenziale, è necessaria nel caso in cui la domanda sia proposta quale azione *stand-alone* e non *follow-on*, ossia precedente all'accertamento dell'illecito da parte dell'Autorità garante.

Nei casi suddetti, il giudice è chiamato ad accertare autonomamente tutti i profili della condotta lamentata e i presupposti dell'illecito ai fini della decisione in ordine all'accoglimento o rigetto della domanda risarcitoria, senza alcuna intermediazione da parte dei pubblici poteri⁵⁸³.

Ciò posto, occorre focalizzare brevemente l'attenzione sull'ultimo periodo del primo comma dell'art 7 di cui si è accennato. Esso limita la valenza vincolante della decisione dell'Autorità garante della concorrenza al solo accertamento dell'esistenza della violazione rilevata, non potendosi estendere anche alla prova in ordine all'esistenza del danno né del nesso causale, scongiurando così il rischio che si venisse a delineare un'ipotesi di danno *in re ipsa*, per cui la lesione sarebbe da far discendere direttamente dalla sussistenza di un'infrazione del diritto *antitrust*. Al contrario, il giudice ordinario è vincolato rispetto al contenuto del provvedimento definitivo dell'Autorità *antitrust* solo in ordine all'accertamento della sussistenza della violazione del diritto della concorrenza. Egli, infatti, dovrà valutare autonomamente, secondo il parametro tipico dei giudizi civilistici, quello del "più probabile che non", l'eventuale conseguenza dannosa dell'illecito e il nesso di causalità che lega l'infrazione al

⁵⁸² F. Goisis, *op. cit.*. Nell'art si precisa anche che, a proposito dei limiti all'effetto vincolante disciplinato dall'art 7 è da rilevare anche che non sia idoneo a produrli il provvedimento assunto *ex art 14 ter* della L. 287/1990, in quanto le misure cautelari sono connaturatamente adottate a seguito di indagini necessariamente sommarie, incapaci di raggiungere il grado di autorevolezza necessario al vincolo in seno al giudizio risarcitorio civile.

⁵⁸³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990

danno lamentato dall'attore, verificando che questo sia eziologicamente riconducibile alla condotta anticoncorrenziale accertata dall'Autorità⁵⁸⁴.

Delineare con chiarezza i confini del vincolo imposto *ex art 7* del d.lgs. 3/2017 risulta fondamentale al fine di scongiurare che l'effetto vincolante del provvedimento definitivo dell'AGCM si estenda al di là dell'accertamento in ordine agli elementi costitutivi dell'illecito *antitrust*, per andare a coinvolgere i fatti costitutivi dell'illecito civile.

L'art 7 limita la presunzione legale all'accertamento dell'infrazione anticoncorrenziale e, quindi, agli elementi costitutivi della stessa, senza coinvolgere eventuali riflessioni estranee al novero di questi ultimi, che sono da ritenersi assolutamente non vincolanti⁵⁸⁵.

Ciò posto, bisogna ora analizzare quale possa ritenersi essere la valenza probatoria, in seno allo stesso giudizio civile risarcitorio, di quelle decisioni dell'AGCM che, per loro natura e per quanto stabilito *ex lege* dall'art 14 *ter* della L. 287/1990, non contengono l'accertamento definitivo rispetto all'illecito.

3.2.2.1 L'istituto degli impegni e le azioni di private enforcement

La decisione con impegni è oggi regolata dall'art 14 *ter* della L. 287/1990, il quale venne introdotto in attuazione delle scelte comunitarie⁵⁸⁶, con il D.L. 223/2006⁵⁸⁷ e poi modificato dal d.lgs. 185/2021. La disposizione statuisce che entro i tre mesi successivi all'apertura dell'istruttoria per l'accertamento di un'infrazione degli art. 101 e 102 TFUE, trasposti nelle norme degli artt. 2 e 3 della legge antitrust italiana, l'impresa indagata può presentare impegni all'AGCM, la quale, valutatane l'idoneità, può

⁵⁸⁴ Sul punto si è espressa la CGUE con riguardo al vincolo statuito dall'art 16 del regolamento 1/2003, in una causa relativa all'art 101 TFUE, dicendo che: "Se è vero che l'obbligo del giudice nazionale di non adottare decisioni in contrasto con una decisione della Commissione che constati un'infrazione all'art 101 TFUE gli impone, certo, di ammettere l'esistenza di un'intesa o di una pratica vietata, si deve precisare che resta tuttavia di competenza del giudice nazionale stabilire la sussistenza di un pregiudizio e di un nesso di causalità diretta tra lo stesso e l'intesa o la pratica in discussione. Infatti, anche se la Commissione è stata indotta a precisare gli effetti dell'infrazione nella sua decisione, spetta sempre al giudice nazionale determinare individualmente il danno cagionato a ciascuno dei soggetti che hanno intentato un'azione di risarcimento. Una tale valutazione non è contraria all'art 16 del regolamento n. 1/2003" (Grande Sezione, sentenza 6 novembre 2012, ECLI:EU:C:2012:684, C-199/11)

⁵⁸⁵ Sul tema: R. Camposeo, *op. cit.*; M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato*, 2014, pp. 297 ss.

⁵⁸⁶ L'art. 5 del regolamento 2003/1/CE conferisce alle autorità nazionali garanti della concorrenza, tra le altre, la facoltà di "accettare impegni" e, poi, l'art. 9, rubricato appunto "impegni", regola la disciplina dell'istituto ammettendo che, le imprese oggetto dell'indagine della Commissione UE volta all'accertamento di illeciti anticoncorrenziali, possono presentare alla stessa impegni rivolti a far cessare la preoccupazione in essere rispetto a eventuali condotte illecite violative del diritto antitrust. L'art 9 del regolamento, a differenza dell'art 14 *ter* della legge antitrust nazionale, non detta limiti temporali ai fini dell'applicazione dell'istituto.

Nonostante le ampie maglie assicurate all'applicazione dell'istituto, è comunque vero che il considerando 13 dello stesso regolamento afferma che non sarebbe congruo che la Commissione accettasse gli impegni proposti dalle imprese interessate, qualora intendesse concludere la procedura con la comminazione alle stesse di sanzioni proporzionali all'illecito accertato.

⁵⁸⁷ Convertito in L. 248/2006

renderli obbligatori. Tale decisione dell’Autorità chiude *ex lege* l’istruttoria senza che segua un effettivo accertamento della condotta illecita⁵⁸⁸.

Nonostante la previsione in ambito nazionale di un limite temporale di tre mesi per la presentazione degli impegni da parte delle imprese interessate, l’AGCM si riserva la possibilità di consentire, in ipotesi eccezionali, la presentazione di impegni oltre il termine indicato *ex art 14 ter*, comma 1, “*sulla base di una motivata e tempestiva istanza di parte*”⁵⁸⁹. Ciò rende i termini previsti qualificabili come meri termini ordinatori e sollecitatori, mai come perentori. Quest’ultima caratteristica comporterebbe, infatti, che le imprese si affrettassero eccessivamente alla presentazione senza poter ponderare le migliori scelte da operare in merito e, magari, senza aver usufruito di tutte le informazioni necessarie per la presentazione degli impegni.

L’istituto degli impegni, per come previsto già dal regolamento n. 1/2003, ha una importante funzione deflattiva del contenzioso sul procedimento amministrativo di accertamento dell’infrazione, spinge verso una tempestiva proposta da parte delle imprese interessate, in modo da far cessare quanto prima possibile l’eventuale infrazione anticoncorrenziale, in attuazione del principio di economia processuale al quale si ispira⁵⁹⁰. L’efficienza dell’istituto consente il risparmio di risorse economiche e temporali, permettendo così all’Autorità di destinarle ad altri casi inseriti tra quelli per cui urge un intervento in via prioritaria. Allo stesso modo, le imprese possono usufruire del grandissimo vantaggio di evitare che il procedimento di accertamento giunga a conclusione, con l’eventuale irrogazione delle sanzioni e il conseguente procedimento giurisdizionale, tutte circostanze cui inevitabilmente segue anche un impatto negativo a livello reputazionale.

In ogni caso, la conclusione del procedimento con l’assunzione degli impegni è subordinata alla previa accettazione della proposta definitiva da parte dell’Autorità che ha, nel campo, ampissimi margini di discrezionalità⁵⁹¹. A tal proposito, è da evidenziarsi che, come detto all’interno della delibera del 2012, coerentemente con la disciplina comunitaria⁵⁹², sarebbe inopportuno accettare gli impegni di un operatore economico nei cui confronti sia in fase di accertamento un’infrazione del diritto della concorrenza, tanto grave da far considerare appropriata l’inflizione di un’ammenda proporzionale⁵⁹³.

⁵⁸⁸ Art. 14 *ter*, comma 1. La disposizione prosegue al comma 2 prevedendo la facoltà dell’AGCM di comminare sanzioni fino al 10 % del fatturato risultate dall’ultimo bilancio approvato, ove l’impresa non realizzi gli impegni divenuti obbligatori.

Il comma 3, invece, prevede i casi in cui l’AGCM può riaprire l’istruttoria: a) in caso di determinati modificazioni della situazione di fatto rispetto a un elemento fondante della decisione; b) le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti, c) le informazioni su cui si fonda la decisione sono stati trasmessi dalle parti in maniera incompleta o fuorviante.

⁵⁸⁹ Delibera AGCM 6 settembre 2012 n. 23863, punto 3

⁵⁹⁰ La CGUE, Grande sezione, 29 giugno 2010, ECLI:EU:2010:377, C-441/10, punto 35

⁵⁹¹ in proposito, la delibera n. 23863/2012 dell’AGCM richiama, tra le altre, la sentenza CGUE 29 giugno 2010, Consiglio di Stato 20 aprile 2011 n. 2438.

⁵⁹² Considerando n. 13 del regolamento n. 1/2003

⁵⁹³ Delibera 23863/2012, punto 6.

Le proposte di impegni, nel rispetto del principio del contraddittorio (market test)⁵⁹⁴, sono soggette a pubblicità sul sito internet, in maniera tale da consentire ai terzi interessati di presentare osservazioni nel merito.

Quanto brevemente detto, a proposito della disciplina dell'istituto degli impegni in materia *antitrust*, è utile al fine di meglio comprendere il problema spesso affrontato a proposito dell'efficacia di tali decisioni nell'ambito del giudizio civile.

In dottrina e in giurisprudenza si è discusso, e ancora oggi lo si fa, in merito alla valenza probatoria delle decisioni con impegni in seno al giudizio civile risarcitorio di *private enforcement*. Bisogna, in proposito, evidenziare che l'art 7 del d.lgs. 3/2017, nulla dice a riguardo, in quanto si limita ad assegnare portata vincolante alle sole decisioni dell'AGCM contenenti l'accertamento dell'infrazione anticoncorrenziale.

Le decisioni relative agli impegni, a differenza dei provvedimenti atti a concludere il procedimento, si basano su una valutazione piuttosto prognostica e condotta allo stato degli atti, con informazioni spesso insufficienti a dimostrare la lesione dell'assetto concorrenziale del mercato e il conseguente accertamento della sussistenza dell'infrazione, si compie quindi una valutazione di tipo teleologico dettata dall'opportunità o meno che l'Autorità rinviene rispetto all'accettazione o al rigetto della proposta⁵⁹⁵. Tale decisione viene vagliata dall'AGCM alla luce dell'idoneità delle misure proposte a ricomporre l'alterazione della concorrenza, anche in considerazione della probabilità o meno che il procedimento di accertamento si concluda con la verificata realizzazione di un illecito particolarmente grave per cui sarebbe opportuna l'irrogazione di una sanzione *ex art 15* della L. 287/1990.

Ciò detto, è da rilevare che gli impegni sono misure messe in atto al diretto scopo di rimediare alla lesione dell'interesse che si intende tutelare, ossia il corretto funzionamento del mercato in base a logiche concorrenziali⁵⁹⁶.

Rispetto a quanto asserito a proposito dei provvedimenti di accertamento, in base a quanto previsto dall'art. 7 del d.lgs.3/2017, le decisioni con gli impegni non hanno un'efficacia nel giudizio civile che sia stata disciplina *ex lege* né a livello unionale, né a livello nazionale. L'unica considerazione in merito deriva da quanto affermato da parte del considerando n. 13 del regolamento n. 1/2003, in base al quale una decisione di impegni, assunta da parte della Commissione, non preclude né alle autorità

⁵⁹⁴ Delibera 23863/2012, punto 11

⁵⁹⁵ Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, punto 5.2.3, qui si afferma che la valutazione teleologica esperita nell'ambito dell'accettazione degli impegni differisce da quella "finale e sostanziale" proprio delle determinazioni sanzionatorie conclusive.

⁵⁹⁶ le sanzioni antitrust in senso stretto, ossia quelle previste dall'art. 15 della L. 287/1990, seguono, per quanto compatibile, la L. 24 novembre 1981 n. 689, quelle in senso lato sono rette dal regime previsto dalla L. n. 241 del 7 agosto del 1990. La nozione di sanzioni in senso stretto e sanzioni in senso lato è stata superata dalla giurisprudenza della Corte EDU, nella sentenza Engel

nazionali garanti della concorrenza, né alle autorità giudiziarie nazionali di procedere con l'accertamento e assumere una decisione di conseguenza.

L'efficacia in seno ai procedimenti di *private enforcement* delle decisioni con impegni assunte da parte della Commissione sono state oggetto di un'importante pronuncia della CGUE⁵⁹⁷, all'interno della quale si dice che il giudice nazionale non può ignorare una decisione di tal tipo avente carattere decisorio, potendo anzi considerarla quale indizio, ovvero principio di prova, dell'esistenza della condotta anticoncorrenziale dedotta in giudizio in quanto causa di un danno a terzi. Allo stesso modo, per analogia, è da ritenersi che le decisioni di accettazione degli impegni assunte da parte dell'AGCM siano da ritenersi indizi dell'esistenza di una condotta illecita a livello *antitrust*. Tale tipo di presunzione è da definirsi quale presunzione semplice ai sensi dell'art 2729 c.c., lasciata al libero apprezzamento del giudice, il quale deve valutarne la gravità, la precisione e la concordanza. La gravità ha a che fare con il grado di probabilità legato alla sussistenza effettiva del fatto da provare, la precisione è connessa alla non contraddittorietà dell'esito dell'eventuale accertamento, l'elemento della concordanza, che rinvia all'esistenza di diverse presunzioni, potrebbe essere coperto laddove l'unica presunzione semplice sia dotata di particolare rilevanza⁵⁹⁸.

La stessa riconduzione all'art 2729 c.c. e, quindi, alla categoria delle presunzioni semplici, è stata affermata dalla Corte di Cassazione. Quest'ultima, dopo aver richiamato la sentenza Alrosa della CGUE, nella quale si sono delineate le finalità dell'istituto, che è rivolto a fornire una soluzione più rapida a problemi inerenti alla violazione del diritto della concorrenza individuati dalla Commissione, ispirandosi al principio di economia processuale⁵⁹⁹, dice che gli stessi principi ispirano l'istituto in ambito nazionale.

In ragione di ciò, nonostante la cesura indicata dal Consiglio di Stato in merito alla differenza della natura della valutazione, teleologica nel caso degli impegni e sostanziale per l'irrogazione delle sanzioni, esso ammette che la prima sia comunque idonea a fungere da indizio della sussistenza dell'illecito anticoncorrenziale, in quanto la proposta di impegni da parte dell'operatore economico interessato presenta "*connotati sostanzialmente confessori*"⁶⁰⁰.

La Corte di Cassazione, sulla base di tale quadro, ha asserito che la decisione *ex art 14 ter* della L. 287/1990 può essere considerata quale presunzione semplice della sussistenza della condotta anticoncorrenziale, non accertata per via della conclusione del procedimento a seguito dell'accettazione degli impegni, passibile di costituire fondamento della decisione successiva assunta

⁵⁹⁷ CGUE, terza sezione, 23 novembre 2017, ECLI:EU:C:2017:891, C-547/16, punto 29

⁵⁹⁸ B. Rabai, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, in *Diritto amministrativo*, 1/2018

⁵⁹⁹ CGUE, grande sezione, 29 giugno 2010, ECLI:EU:2010:377, C-441/10, punto 35

⁶⁰⁰ Consiglio di Stato, n. 4394/2011, punto 5.3.8

da parte del giudice di merito, anche ove la statuizione fosse contrastata da elementi probatori di diverso tenore⁶⁰¹.

Considerata tale giurisprudenza, appare condivisibile⁶⁰² il risultato elaborato dai giudici di legittimità, anche in considerazione dell'uniformità dell'interpretazione suddetta con la disciplina e la giurisprudenza unionali, che premono per un'applicazione il più possibile armonizzata delle regole in materia di concorrenza⁶⁰³.

Ciò detto, la restrizione dei margini di azione e delle tutele altrimenti previste in seno al procedimento giurisdizionale risarcitorio conduce inevitabilmente a riflettere sull'importanza che gioca il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'AGCM. Quest'ultima, infatti, sebbene Autorità indipendente dotata di tutti i poteri necessari per il controllo del funzionamento del mercato, emana provvedimenti, anche sanzionatori, in seno a un procedimento che non risulta abbastanza garantista rispetto ai diritti spettanti agli indagati in ambito penale. Ciò, unito alla natura sostanzialmente penale delle ammende irrogate dall'Autorità rende imprescindibile un recupero posposto della tutela perduta, almeno in seno al procedimento giurisdizionale.

Qui di seguito, si andrà ad analizzare l'ampiezza del sindacato del giudice amministrativo in ordine ai profili tecnici dei provvedimenti assunti da parte dell'Autorità antitrust, cercando di ripercorrere i passaggi giurisprudenziali, per poi giungere alla disciplina dettata *ex art 7*, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. 3/2017.

3.2.3 Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche dell'AGCM

La disciplina di cui si è fin qui parlato comporta una parziale soggezione del giudice civile alla determinazione di un'autorità indipendente amministrativa, per cui estranea al potere giurisdizionale⁶⁰⁴.

L'imposizione di un condizionamento, o meglio, di una parametrizzazione della decisione nel merito del giudizio civile risarcitorio per danno *antitrust*, consistente nel provvedimento definitivo dell'AGCM che abbia accertato un illecito di tal genere, emerge quale disciplina in possibile contrasto con il diritto soggettivo al giusto processo, sancito *ex art 6* della CEDU, disposizione che rilevava anche nell'ambito del sindacato sulle sanzioni, le quali risultano soggette alla piena giurisdizione

⁶⁰¹ Corte di Cassazione civile, Sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381. Per un approfondimento si veda S. Monti: "le decisioni dell'AGCM e il danno da illecito anticoncorrenziale", in *I contratti*, 1 maggio 2022, n. 3, pag. 299

⁶⁰² A. Piletta Massaro, *Diritto della concorrenza- Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1, 1 gennaio 2021, p. 98

⁶⁰³ Conclusioni dell'A.G. Pitruzzella, 7 maggio 2020, sulla causa C-231/19, punti 128 e 129

⁶⁰⁴ A proposito della negazione della qualifica di giudice all'AGCM, si veda Corte Costituzionale, 31 gennaio 2019, n. 13. Qui il giudice delle leggi nega il potere dell'Autorità di sollevare questioni di legittimità costituzionale, in quanto potere afferente alla sola autorità giudiziaria, di cui la prima non fa parte.

auspicata dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo⁶⁰⁵, in ragione della loro portata sostanzialmente penale.

Con riguardo alle valutazioni tecniche contenute nei provvedimenti dell'AGCM, quali possono considerarsi la verifica dell'accertamento dell'esistenza dell'infrazione anticoncorrenziale, intesa o abuso di posizione dominante che sia, nonché l'individuazione del mercato rilevante, la giurisprudenza più risalente tendeva a operare una distinzione netta tra sindacato "debole" e sindacato "forte", il primo riferito agli aspetti di discrezionalità tecnica, il secondo inerente alle sanzioni.

Il sindacato "debole" che si riverbera sull'attività tecnico-discrezionale esercitata da parte dell'Autorità *antitrust*, come detto dal Consiglio di Stato, non consente al giudice di sostituirsi né sovrapporre la propria valutazione a quella effettuata dall'Autorità competente. In virtù dei limiti che intaccano la pienezza del sindacato giurisdizionale amministrativo, impedendogli di insinuarsi sino alla sostituzione delle decisioni assunte da parte dell'AGCM nell'esercizio di una propria prerogativa da concretare a seguito di valutazioni discrezionali, al giudice amministrativo investito del ricorso sarebbe unicamente consentito verificare la legittimità, senza mai potersi addentrare nel merito, con la sola eccezione delle sanzioni amministrative pecuniarie⁶⁰⁶. Il consulente tecnico eventualmente coinvolto dal giudice, non può essere legittimato a ripercorrere *in toto* le composite valutazioni cui l'Autorità è preposta, in quanto passibili di un controllo giudiziario che si limiti a verificare la loro legittimità intrinseca nell'esercizio del potere conferito *ex lege*.

Il controllo di legittimità operato in sede giurisdizionale sulle valutazioni tecnico-discrezionali dell'Autorità *antitrust*, però, ça va sans dir, non incontra ulteriori limiti, potendosi riverberare sulla rilevazione di qualsiasi vizio: incompetenza, violazione di legge e anche eccesso di potere nella verifica della logicità, congruità, ragionevolezza, correttezza in ordine alla motivazione e all'istruzione. Unico limite è, come detto, quello dato dall'impossibilità di sviscerare l'atto anche nel merito, eventualmente sostituendosi all'Autorità nella scelta operata.

La tutela delle situazioni giuridiche soggettive rilevanti nell'ambito delle valutazioni tecniche appannaggio dell'Autorità *antitrust* passa, dunque, attraverso un controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo competente, che non si limita alla sola verifica della legittimità estrinseca ma la indaga intrinsecamente, senza potersi spingere fino alla sovrapposizione della soluzione delineate dal giudice a quella dell'Autorità indipendente.

⁶⁰⁵ Nella sentenza 27 settembre 2011 Ricorso 43509/2008, Menarini Diagnostic c. Repubblica italiana, la Corte afferma al punto 59 che la conformità con l'art 6 CEDU non è esclusa dall'eventualità che la sanzione sostanzialmente penale secondo gli Engel *criteria* sia comminata da un'autorità amministrativa, purché sia successivamente oggetto di un controllo giurisdizionale pieno. La piena giurisdizione comporta la facoltà del giudice di riformare sia in fatto che in diritto la decisione, anche sostituendola.

Le sanzioni pecuniarie irrogate da un'Autorità amministrativa indipendente, infatti, rientrano nei casi di giurisdizione di merito *ex art* 134, comma 1, lett. c).

⁶⁰⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199

Quest'ultima, nell'effettuare le valutazioni di cui sopra, fa uso di regole non annoverabili tra quelle scientifiche, scienze esatte e non opinabili, ma di parametri che sono spesso di carattere economico, afferenti a scienze non esatte e opinabili. In considerazione di ciò, è ammesso al giudice accedere alle conoscenze tecniche di cui ha usufruito l'amministrazione e su cui si fonda la scelta operata dalla stessa, estendendo dunque il suo sindacato anche alla discrezionalità tecnica dell'Autorità⁶⁰⁷.

Al fine di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale nell'ambito delle valutazioni tecnico-discrezionali cui l'Autorità è preposta nell'esercizio delle sue funzioni, infatti, è necessario assicurare che il giudice possa accedere alle medesime conoscenze tecniche di cui l'Autorità ha disposto nell'assunzione della decisione, perpetrando così il legittimo e doveroso controllo intrinseco delle valutazioni.

Ciò posto, considerata la possibile carenza di conoscenza da parte del giudice delle regole fondamentali afferenti alle scienze opinabili cui ha fatto riferimento l'Autorità *antitrust*, egli può usufruire del lavoro di un consulente tecnico d'ufficio (CTU) che gli consenta di approfondire gli aspetti rilevanti, accrescendo l'estensione delle proprie conoscenze in materia, in modo tale da effettuare un controllo consapevole e pianamente efficace nei confronti della tutela delle situazioni giuridiche soggettive via via in gioco. La consulenza consente di concretizzare la possibilità di effettuare un sindacato che non sia meramente estrinseco, ma intrinseco, in ordine alla ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, avvalendosi delle medesime conoscenze sfruttate dall'Autorità nell'applicazione di una determinata scienza tecnica opinabile, utile all'assunzione della decisione impugnata⁶⁰⁸. Confine all'utilizzazione di quanto emerso dall'indagine del consulente tecnico, però, consiste nell'impossibilità di verificare *in toto* le complesse valutazioni effettuate dall'Autorità per la sua determinazione, nell'esercizio della discrezionalità a essa spettante⁶⁰⁹. Nell'ambito delle valutazioni tecniche, infatti, il giudice amministrativo ha la facoltà di verificare unicamente la coerenza e la ragionevolezza della decisione, non potendo oltrepassare i confini del cosiddetto sindacato "forte" il quale consentirebbe l'esercizio di un potere pienamente sostitutivo rispetto alla decisione già presa dall'Autorità in seno al procedimento amministrativo da essa condotto.

L'assenza di un potere sostitutivo si fonda sull'esigenza di garantire il rispetto dei valori enunciati dall'art 97 della costituzione, di buon andamento ed efficienza dell'azione delle pubbliche

⁶⁰⁷ Consiglio di Stato, 23 aprile 2002 n. 2199, richiama un precedente del 1999 in cui, per la prima volta, il giudice afferma l'estensione del sindacato alla discrezionalità tecnica della PA: Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 1999 n. 699 che distingueva un controllo di tipo "forte", che comporta la possibilità di esercitare un potere sostitutivo, e un controllo di tipo "debole" ove le cognizioni tecniche acquisite, anche grazie all'eventuale intervento di un consulente tecnico, sono utilizzate solo al fine di effettuare una valutazione in ordine alla ragionevolezza e coerenza tecnica della decisioni amministrativa.

⁶⁰⁸ Tale concetto si riviene al punto 3.2 della sentenza del Consiglio di Stato del 2 aprile 2004, n. 926

⁶⁰⁹ Consiglio di stato 2199/2002, punto 1.3.1

amministrazioni, unita a quella di rispettare la rilevanza del valore della concorrenza affidato alla cura di un'amministrazione, dotata di una spiccata competenza tecnica e indipendenza⁶¹⁰.

La dicotomia tra sindacato debole e forte è stata nel tempo superata dalla stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, che nel 2004 analizza pervasivamente la teoria del doppio binario relativo al sindacato esperibile nei confronti degli atti derivanti dall'AGCM, a seconda che si tratti di provvedimenti sanzionatori o di valutazioni tecnico-discrezionali, rifiutando l'idea che il giudice amministrativo, ammettendo la debolezza del controllo sulle seconde, si sia autolimitato.

Il Consiglio di Stato afferma che il giudice non ha inteso limitare la pienezza della propria cognizione in ordine ai fatti a oggetto della valutazione tecnica e del procedimento da cui consegue, ma semplicemente arginare la propria facoltà di statuizione nella fase finale della cognizione. In tale momento, emerge la preclusione della possibilità di esercitare un potere sostitutivo rispetto a quello in capo all'Autorità, finendo il giudice amministrativo per assegnarsi la titolarità di un potere che, invece, non gli spetta *ex lege*⁶¹¹.

Nonostante ciò, questa conclusione non può spingersi fino a far credere che manchi una tutela giurisdizionale effettiva per gli atti dell'Autorità *antitrust* che riflettano l'esercizio di un potere discrezionale, anzi il controllo giurisdizionale è particolarmente penetrante, potendo verificare *ex post* tutto quanto effettuato dall'autorità indipendente, anche pervenendo al controllo dell'analisi economica compiuta, eventualmente rivalutando le scelte tecniche alla luce della corretta applicazione al caso concreto dei parametri scientifici opinabili utilizzati.

Il Consiglio di Stato è giunto al superamento della dicotomia tra sindacato debole e sindacato forte, anche in base alla giurisprudenza della CGUE, in coerenza con la necessità di armonizzazione delle interpretazioni in materia.

La Corte dell'UE, in merito al proprio potere di controllo che si riflette sulle decisioni della Commissione in materia di tutela della concorrenza, aveva più volte affermato che questo potesse riverberarsi unicamente sulla verifica dell'osservanza delle norme procedurali e motivazionali connesse al procedimento e alla successiva decisione, nonché sul controllo dell'assenza dell'errore manifesto o sviamento di potere e sulla esistenza materiale dei fatti accertati dal provvedimento impugnato. Nonostante ciò, la CGUE aveva sempre effettuato anche un controllo nel merito dell'analisi economica compiuta dalla Commissione, il che legittima anche il giudice amministrativo nazionale a perpetrarlo.

Nel quadro sin qui tracciato, il Consiglio di Stato conclude che la rilevanza non deve cadere sulla qualificazione di debole o forte del sindacato esperibile dal giudice amministrativo, in considerazione

⁶¹⁰ Consiglio di Stato, 23 aprile 2002, n. 2199, punto 1.3.1.

⁶¹¹ Consiglio di Stato, 2 marzo 2004, n. 926, punto 3.3

della natura del potere (sanzionatorio o tecnico- valutativo) esercitato da parte dell'autorità indipendente, ma sulla garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale, principio cardine anche dell'ordinamento unionale.

Ciò posto, l'assenza di legittimazione politica della AGCM, in ragione della propria spiccata indipendenza, ancor di più impone l'urgenza di effettuare un sindacato pieno, senza che sia sempre necessario prevedere la possibilità del giudice di sovrapporre la propria valutazione, sostituendola, a quella realizzata dell'Autorità.

A suffragare la garanzia della pienezza della cognizione giurisdizionale, infatti, non è la possibilità di sostituirsi all'amministrazione, ma l'assenza di limitazioni alla verifica che il potere, *ex lege* attribuito all'Autorità, sia stato legittimamente esercitato⁶¹².

A seguito della pronuncia del 2004, della VI sezione del Consiglio di Stato, i concetti di sindacato debole e forte sono andati verso la completa desuetudine in materia.

Oggi, il controllo del giudice amministrativo è preso in considerazione da parte dell'art 7, comma 1, del d.lgs. 3/2017. Questo, al secondo periodo, dice che il sindacato del giudice competente a conoscere il ricorso avverso i provvedimenti dell'Autorità antitrust⁶¹³ comporta la *“verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità della decisione medesima”*. Dalla lettura della disposizione, emerge chiaramente che il giudice amministrativo non possa essere limitato alla cognizione di determinati fatti, ma debba necessariamente conoscere tutti gli elementi che siano rilevanti ai fini della verifica della legittimità dell'esercizio del potere da parte dell'Autorità.

In base all'art 7, il giudice del ricorso può conoscere sia di tutti i fatti fondanti della decisione, sia dei profili tecnici che emergono dalla valutazione amministrativa. Tuttavia, la sindacabilità dei profili tecnici presuppone che questi non siano frutto dell'esercizio della discrezionalità propria dell'autorità, nel cui merito il giudice amministrativo non può ingerirsi, in conformità con quanto affermato dalla CGUE con riferimento al limite al suo sindacato, rappresentato dal legittimo esercizio della discrezionalità da parte della Commissione⁶¹⁴.

A proposito del sindacato giurisdizionale sui profili tecnici, questo, in quanto vertente su un oggetto diverso rispetto alle sanzioni amministrative pecuniarie che consentono l'esercizio di un potere sostitutivo da parte del giudice, in ragione delle influenze derivanti dalla qualificazione della natura sostanziale delle sanzioni comminate dall'autorità antitrust, quali sanzioni penali sulla base della giurisprudenza della Corte Edu, alla luce della quale si devono recuperare, almeno in sede

⁶¹² Consiglio di stato 926/2004, punto 3.3

⁶¹³ Ossia il giudice amministrativo in base a quanto stabilito dal comma 1 dell'art 33 della L. 287/1990

⁶¹⁴ Ex multis, CGUE, quinta sezione, 7 gennaio 2004, C-204/00 e 219/00, 11 luglio 1985 C-42/84

giurisdizionale, la tutela prevista dagli artt. 6 e 7 della CEDU, non può ricondursi alla stessa giurisprudenza per giustificare un'eventuale sovrapposizione della valutazione compiuta da parte dell'autorità giudiziaria, su quella dell'AGCM.

Nell'ambito delle valutazioni tecniche, l'unica preoccupazione deve essere quella di scongiurare una restrizione dell'effettività e della pienezza dovute nella tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

In proposito, come affermato dalla giurisprudenza precedente all'avvento del d.lgs.3/2017, il controllo giurisdizionale, in sede di ricorso amministrativo avverso un provvedimento assunto da parte dell'AGCM, deve riverberarsi su tutti gli aspetti che ineriscano ai fatti e ai profili tecnici che non sottendono allo sfruttamento della discrezionalità di cui l'Autorità dispone. Nel caso in cui si trovi dinanzi a valutazioni tecniche discrezionali, il giudice amministrativo deve unicamente verificare che rispondano ai canoni di coerenza, legittimità e ragionevolezza⁶¹⁵.

L'introduzione della normativa delegata dota di forza legislativa l'indirizzo formatosi in seno alla giurisprudenza legittimità, espresso nella sentenza delle Sezioni Unite civili n. 1013 del 2014, le quali avevano già considerato il sindacato del giudice riguardo alle valutazioni tecniche come un controllo che verificasse la permanenza dell'Autorità nei margini di opinabilità previsti, escludendo la possibilità che il controllo del giudice potesse spingersi fino alla sostituzione della propria valutazione a quella già effettuata dall'autorità, in quanto ciò comporterebbe un'indebita sostituzione dell'autorità giudiziaria nell'esercizio di un potere di cui l'autorità amministrativa indipendente è la sola titolare. Ebbene, a questo punto, bisogna chiarire il significato, non di certo pacifico, da attribuire alla nozione di "oggettivo margine di opinabilità", introdotta in seno all'art 7, *quid iuris* per le valutazioni che presentino tali margini?

La giurisprudenza ha diversamente interpretato l'oggettività del margine di opinabilità, attagliandola differentemente al parametro dell'attendibilità, verificato in seno al ricorso giurisdizionale.

In base all'utilizzo e all'interpretazione che si fa dell'attendibilità, intrinseca o estrinseca, della valutazione effettuata dall'AGCM, si arriva a conclusioni decisamente differenti.

L'ufficio studi del Consiglio di Stato⁶¹⁶ ha considerato, da un parte l'ipotesi secondo cui una ricostruzione valutativa realizzata durante il ricorso, che risulti maggiormente attendibile rispetto a quella operata dall'autorità amministrativa indipendente, possa essere sostituita alla valutazione tecnica dell'autorità stessa, dall'altra parte un'ipotesi intermedia. Quest'ultima considera

⁶¹⁵ G. Parodi, *Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'AGCM*, in *Lo stato*, 17, luglio-dicembre 2021, p. 97 ss. Egli cita la sentenza delle Sezioni unite della Cassazione Civile, 20 gennaio 2014 n. 1013, secondo cui la legittimità e la coerenza della decisione scaturiscono dalla verifica che l'agire dell'Autorità non abbia oltrepassato i confini dei margini di opinabilità concessi.

⁶¹⁶ Consiglio di Stato, ufficio studi, massimario e formazione, *Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale*. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regole generale non sfuggono le autorità indipendenti.

l'attendibilità della valutazione *antitrust* da verificarsi non estrinsecamente, quindi nella relazione con valutazioni alternative, bensì intrinsecamente, effettuando un test di attendibilità che, qualora superato, non consente alcuna sostituzione con decisioni ulteriori, anche se estrinsecamente più attendibili⁶¹⁷. Tale considerazione porta quindi ad affermare che le prerogative assegnate all'Autorità antitrust non consentirebbero un sindacato sostitutivo del giudice *ex art 7 d.lgs. 3/17*, non solo ove le valutazioni AGCM risultassero maggiormente attendibili, ma anche ove lo fossero meno rispetto alla tesi elaborata in seno al procedimento giurisdizionale, purchè comunque idonee al superamento del test di attendibilità intrinseca.

Il sindacato inerente alla maggiore attendibilità⁶¹⁸ della valutazione tecnica è probabilmente il controllo più pervasivo che il giudice amministrativo può avanzare in tale ambito, potendosi spingere fino al punto di superare la valutazione dell'AGCM, solo ove questa risulti “*significativamente meno plausibile rispetto alle soluzioni tecniche alternative*”⁶¹⁹, altra interpretazione che sembra poter placare i dubbi rispetto alla lamentata limitazione del sindacato giurisdizionale, con conseguente ridimensionamento della tutela connessa, da parte dell'art 7 del d.lgs. 3/2017.

Al sindacato di maggiore attendibilità, si affianca una diversa ipotesi, quella del controllo non sostitutivo di attendibilità tecnica della soluzione scelta dall'Autorità *antitrust*, quale verifica della possibilità che tale decisione rientri tra le soluzioni del problema plausibili, ragionevoli e proporzionate, sulla base della tecnica, delle scienze rilevanti e degli elementi di fatto⁶²⁰.

Ciò posto, volendo trarre le somme dell'analisi appena effettuata sull'ampiezza e sui margini del sindacato giurisdizionale in ordine ai profili tecnici afferenti ai provvedimenti dell'AGCM, considerata l'assoluta estraneità della nuova normativa rispetto alla volontà di indebolire il controllo giurisdizionale sulle decisioni dell'autorità *antitrust*, soprattutto in ragione della necessità di assicurare all'impresa, convenuta nel giudizio civile, un previo e pieno controllo del provvedimento che fungerà qui da presunzione legale in merito ai fatti accertati, l'art 7 è da interpretarsi nel senso che consente al giudice amministrativo l'esperimento di un sindacato, sicuramente intrinseco e pieno ma, in questo ambito, non integralmente sostitutivo dell'attività e della volontà espressa dall'Autorità nell'esercizio delle proprie prerogative tecnico-discrezionali⁶²¹.

⁶¹⁷ G. Parodi, *op. cit.*

⁶¹⁸ La maggiore attendibilità è promossa da diverse sentenze del Consiglio di Stato: 4990/2019, nonché 5559/2019, 6022/2019 nella forma del sindacato sull'attendibilità tecnica, 2081/2021, tutte sentenze della VI sezione.

Per quanto riguarda la dottrina, si veda, M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, in *Diritto processuale amministrativo*, 3/2020

⁶¹⁹ Consiglio di Stato, ufficio studi, massimario e formazione, Autorità indipendenti e sindacato giurisdizionale. Ogni potere ha il suo giudice e a tale regole generale non sfuggono le autorità indipendenti. Il sindacato di maggiore attendibilità viene ritenuto maggiormente conforme alla necessità di tutela giurisdizionale anche nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990.

⁶²⁰ Consiglio di Stato, 4990/2019 richiamata dalla 5559 del 2019 della stessa sezione.

⁶²¹ Cassazione civile, Sezioni Unite, 7 maggio 2019 n. 11929

Le pronunce più recenti della Cassazione e del Consiglio di stato confermano la pienezza del controllo giurisdizionale di competenza del giudice del ricorso sui provvedimenti dell'AGCM *ex art 7*, pur ammettendo che, in ogni caso, è preclusa al giudice la possibilità di sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità *antitrust*, in quanto la sua verifica deve limitarsi a indagare la non esorbitanza dell'esercizio del potere dell'autorità rispetto ai margini di opinabilità afferenti alla soluzione prescelta⁶²².

Di seguito si andrà ad analizzare brevemente, con particolare riguardo all'*enforcement* pubblicistico che lo connota, un ulteriore quanto fondamentale ambito annesso alla regolazione *antitrust*, parte integrante del mosaico di norme europee finalizzate alla realizzazione di un mercato unico connotato da valori concorrenziali.

4. Gli aiuti di Stato, la disciplina Europea contro distorsioni concorrenziali

Gli Aiuti di Stato sono regolati dagli artt. 107 e ss. TFUE. Affinché siano rilevanti ai fini della disciplina europea, gli aiuti in questione devono avere determinate caratteristiche previste dall'art 107 e chiarite anche dalla CGUE.

L'applicazione della disciplina prevista dal trattato è subordinata al soddisfacimento cumulativo di 4 condizioni ben definite sia dall'art 107 che dalla CGUE che ha recentemente ricordato che "*la qualifica di aiuti di Stato, ai sensi dell'art 107, paragrafo 1, TFUE*" necessita la contemporanea sussistenza di quattro condizioni che sono: l'esistenza di un intervento dello Stato o "*mediante risorse statali*"; che tale intervento sia: idoneo a incidere sugli scambi tra Stati membri, sorgente di un vantaggio riservato al beneficiario dell'intervento stesso⁶²³, in grado di falsare o minacciare di distorcere la concorrenza⁶²⁴.

⁶²² si vedano sul punto: Cassazione civile, sezioni unite, ordinanza 5 maggio 2022 n. 14283; Consiglio di stato, sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2118.

⁶²³ In proposito è da rilevarsi che l'attribuzione di un vantaggio selettivo sia soddisfatta come condizione rilevante ai fini della qualificazione di un aiuto di Stato come tale, ove una qualsiasi misura statale, indipendentemente dalla forma o dai suoi obiettivi, sia rivolta a favorire direttamente o indirettamente una o più imprese, o conceda a queste un vantaggio di cui non avrebbero potuto beneficiare alle normali condizioni di mercato (CGUE, seconda sezione, 17 novembre 2022, ECLI:EU:C:2022:886, cause riunite C-331/20 e C-343/20, punto 107).

La stessa sentenza, punti 108 e 109, enuncia il principio dell'operatore privato in economica di mercato. Tale principio deve essere utilizzato per compiere correttamente la valutazione in ordine all'esistenza di un vantaggio selettivo. L'applicazione del principio suddetto è esclusa solo ove "non esista alcuna possibilità di paragonare il comportamento statale di cui trattasi in un caso determinato a quello di un operatore privato, in quanto tale comportamento è inscindibilmente connesso all'esistenza di un'infrastruttura che nessun operato privato avrebbe mai potuto costruire o in quanto lo Stato abbia agito nella sua qualità di autorità pubblica". In merito a tale ultima ipotesi la corte specifica che la messa in atto di prerogative tipiche dei pubblici poteri, "come il ricorso a strumenti di natura legislativa o fiscale" non fa necessariamente discendere l'inapplicabilità del principio dell'operatore privato in economica di mercato. L'applicazione di tale principio, infatti, dice la Corte, comporta il ricorso "caso per caso a diversi criteri concreti diritti, ciascuno, a confrontare nel modo più adatto e adeguato possibile la misura statale...tenuto conto in particolare della natura di quest'ultima, con quella che avrebbe potuto essere adottata da un operatore privato che si trovi in una situazione il più possibile simile e operante in condizioni normali di mercato".

⁶²⁴ CGUE, grande sezione, 12 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:1, sui procedimenti riuniti C-702/20 e C-17/21, punto 30.

A proposito degli effetti anticoncorrenziali, è da rilevare inoltre che sono proprio questi a essere dirimenti ai fini dell'applicazione della disciplina prevista dall'art 107 TFUE in quanto, come ribadisce la stessa Corte di Giustizia, la legittimità o meno dell'impiego a vantaggio di imprese o produzioni di risorse statali deve essere valutata in considerazione degli effetti che produce a livello concorrenziale, con l'aggiunta di ulteriori criteri legati alla natura dell'aiuto e alla destinazione in tal senso di risorse dello Stato, ma senza riguardo alle finalità concrete che si impone di perseguire⁶²⁵. La volontà di scongiurare l'influenza sull'assetto anticoncorrenziale del mercato tramite interventi invadenti da parte degli Stati membri nei confronti di imprese la cui posizione sul mercato sia falsata dal beneficio derivante dalla loro ricezione di risorse appartenenti allo Stato è stata l'impulso alla stringete e rigorosa normazione dell'istituto in seno al TFUE.

4.1 L'art 107 TFUE: divieto generale e specifiche deroghe

L'art 107 TFUE qualifica come generalmente incompatibili con il mercato interno gli aiuti di Stato, intesi come qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche, indipendentemente dal fatto che provengano o meno direttamente dallo Stato, a favore di imprese o produzioni, che siano forieri di un beneficio selettivo e, per questo, idonei a falsare o almeno minacciare di falsare la concorrenza⁶²⁶.

Deroghe alla suddetta incompatibilità sono previste dallo stesso art 107 TFUE, il quale al secondo paragrafo prevede che siano conciliabili con il mercato interno e, quindi, neutri rispetto agli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti di carattere sociale destinati ai singoli consumatori, purchè non concessi sulla base di criteri discriminatori fondati sull'origine dei prodotti; gli aiuti volti a rimediare a danni provocati da calamità naturali, ovvero diversi eventi eccezionali⁶²⁷.

Oltre alla previsione di finalità *ex ante* considerate come compatibili con la normativa e la concreta realizzazione del mercato interno, agevolando il libero scambio tra gli Stati membri, l'art 107 elenca una serie di altri aiuti al paragrafo 3 che "*possono essere compatibili*" con il mercato interno, ossia: gli aiuti rivolti ad accrescere la qualità della vita nelle regioni in cui sia anormalmente bassa, per esempio a causa di un alto livello di disoccupazione; gli aiuti che abbiano come obiettivo quello di

Lo stesso principio, sempre di recente, è stato affermato dalla CGUE, seconda sezione, 17 novembre 2022, ECLI:EU:C:2022:886, sulle cause riunite C-331/20 e C-343/20 che al punto 102 dice che: "la qualificazione come "aiuto di Stato" ai sensi dell'art 107, paragrafo 1, TFUE, richiede che siano soddisfatte tutte le condizioni enunciate in tale disposizione". Nello stesso punto si richiama ulteriore giurisprudenza in proposito, ossia CGUE, 21 marzo 1990, ECLI:EU:C:1990:125, causa C-142/87, punto 25 e CGUE, seconda sezione, 11 novembre 2021, ECLI:EU:C:2021:905, causa C-933/19, punto 103.

⁶²⁵ CGUE, 12 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:1, punto 73. Lo stesso concetto era poco prima stato espresso in seno alla sentenza CGUE, sez. II, 17 novembre 2022, ECLI:EU:C:2022:886, nella quale la Corte afferma che: "la natura degli obiettivi perseguiti dallo Stato membro autore di tali misure (aiuti di Stato) o al quale esse sono imputabili è priva di ogni rilievo sulla questione se esse concedono un vantaggio a una o a più imprese e, più in generale, sulla loro qualificazione come aiuto di Stato" (punto 106).

⁶²⁶ Dipartimento per le politiche Europee, *aiuti di stato*, <https://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/aiuti-di-stato/>

⁶²⁷ Art 107, paragrafo 2, lett. c) è relativo ad aiuti economici volti a rimediare alla disparità esistente tra le diverse regioni della Repubblica Federale di Germania

realizzare un progetto di portata europea o che ambiscano a rimediare a un grave turbamento economico subito dall'economia di uno Stato membro; aiuti atti a implementare lo sviluppo di determinate attività, purchè ciò non alteri la concorrenza e i liberi scambi tra gli Stati membri; tutte le categorie di aiuti che siano approvate con decisione del Consiglio previa proposta della Commissione Europea.

4.2 Il public enforcement e l'egemonia della Commissione Europea

La Commissione Europea ha competenza esclusiva in materia di aiuti di Stato⁶²⁸. Il controllo che essa esercita nella materia in questione garantisce uniformità di condizioni e trattamento delle misure di aiuto in tutta l'area UE, quindi nei confronti di tutte le imprese che operano all'interno del mercato unico, a tutela del suo assetto spiccatamente concorrenziale.

L'art. 108 prevede che la Commissione verifichi la compatibilità degli aiuti di Stato esistenti nei diversi ordinamenti nazionali proponendo l'adozione delle misure più idonee al funzionamento e allo sviluppo del mercato interno. Tale analisi è da compiersi da parte della Commissione con lo Stato membro, il che significa promuovere una cooperazione leale e integrata tra le istituzioni nazionali e quella europea, al fine di pervenire a una soluzione che bilanci le esigenze emergenti.

I poteri di *enforcement* della Commissione si rivelano nella loro pregnanza ove essa pervenga alla conclusione che risorse concesse dallo Stato o mediante fondi statali risultino violative di quanto disposto dall'art. 107 TFUE. Ove, infatti, la Commissione, dopo aver intimato lo Stato membro interessato a presentare le proprie conclusioni⁶²⁹, constata che l'aiuto sia inconciliabile con il mercato interno, fissa dei termini entro cui lo stesso Stato deve provvedere alla modifica della misura di aiuto ovvero alla soppressione di quest'ultimo così da eliminare l'infrazione dell'art 107 TFUE.

A questo punto, interviene un altro soggetto fondamentale anche nell'economia della normativa degli aiuti di Stato, la CGUE che, sebbene non possa ingerirsi nell'esercizio dei poteri attribuiti alle prerogative della Commissione, può essere chiamata in causa direttamente dalla Commissione stessa o da qualsiasi altro Stato membro interessato che lamentino la mancata conformazione di uno Stato ai dettami della Commissione relativi a modificazioni o soppressioni di misure aventi le caratteristiche degli aiuti di Stato, previste *ex art* 107 TFUE, che siano risultate illegittime⁶³⁰.

La stessa procedura è prevista ove lo Stato che intenda modificare o istituire aiuti lo comunichi alla Commissione la quale rilevi l'incompatibilità con il mercato interno. Lo Stato non potrà procedere alla concretizzazione della misura prevista prima che sia stata assunta la decisione finale.

È anche consentito allo Stato membro richiedere che il Consiglio si pronunci all'unanimità su un aiuto di Stato già istituito o da istituirsi, in virtù di ragioni eccezionali che giustificano la deroga alle

⁶²⁸ CGUE, Grande sezione, 12 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:1, punto 82, asserisce che la valutazione in ordine alla compatibilità di misure di aiuto o di un regime di aiuti con il mercato interno sia materia rientrante nella competenza esclusiva della Commissione europea, la quale agisce sotto il controllo del "giudice dell'Unione". A tal proposito richiama consolidata giurisprudenza in materia, ossia CGUE, seconda sezione, 23 marzo 2006, ECLI:EU:C:2006:197, C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197, punto 23; CGUE, quinta sezione, 27 gennaio 2022, ECLI:EU:C:2022:58, C-179/20, punto 83.

⁶²⁹ Art 108, paragrafo 2, TFUE.

⁶³⁰ La possibilità di Commissione e Stati membri interessati di rivolgersi direttamente alla CGUE viene definita dallo stesso art 108, paragrafo 2, TFUE, come deroga a quanto sancito dagli artt. 258 e 259. Il primo, relativo alla legittimazione ad adire la Corte appartenente alla Commissione, statuisce la necessità di previa emissione di un parere motivato che segua alle osservazioni dello Stato membro; il secondo, afferente alla legittimazione ad agire degli Stati membri, obbliga questi ultimi a rivolgersi alla Commissione prima di proporre ricorso avverso un altro Stato membro.

disposizioni dell'art. 107 e ai regolamenti *ex art.* 109⁶³¹. Ove la richiesta dello Stato membro al Consiglio si insinui temporalmente nello svolgimento della procedura qui prevista e nelle mani della Commissione, questa verrà sospesa sino alla pronuncia del Consiglio, purchè pervenga entro 3 mesi dalla data afferente alla richiesta, altrimenti la Commissione potrà deliberare.

Altro potere della Commissione concerne la possibilità di adottare regolamenti relativi a particolari categorie di aiuti di Stato in riferimento alle quali il Consiglio abbia previamente stabilito a norma dell'art 109 che siano dispensate dall'applicazione della procedura prevista dall'art 108, paragrafo 3, TFUE⁶³².

Ciò detto, è ora da capire come operi la Commissione al fine di pervenire a una decisione in merito alla compatibilità o incompatibilità di una misura statale, istitutiva di un aiuto di Stato o modificativa di uno già esistente, con il mercato interno, rispetto al quale devono essere garantiti sviluppo e corretto funzionamento alla luce dei principi concorrenziali. Le modalità di applicazione di quanto sancito *ex art.* 108 sono disciplinate da un Regolamento⁶³³ successivo all'entrata in vigore del TFUE, che codifica il regolamento 1999/659/CE ai fini di una maggiore chiarezza e razionalizzazione di quanto ivi previsto⁶³⁴.

L'art. 2 del regolamento del 2015 specifica l'obbligo degli Stati di notificare alla Commissione qualunque progetto inerente alla concessione di nuovi aiuti, definiti residualmente dall'art. 1, lett. c del regolamento quali quelli non costituenti aiuti esistenti⁶³⁵, anche ove si tratti di modifiche di questi ultimi. La notifica deve consentire alla Commissione di valutare la compatibilità della misura con il mercato interno, indi per cui deve essere completa⁶³⁶ di tutte le informazioni e della sua ricezione la Commissione stessa avvisa lo Stato membro mittente. L'esecuzione dei progetti di aiuto soggetti a notifica è sospesa fino alla pronuncia autorizzativa della Commissione⁶³⁷.

⁶³¹ L'art 109 TFUE prevede che il Consiglio possa, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo, stabilire tutti i regolamenti che siano utili per l'applicazione degli artt. 107 e 108 TFUE, nonché fissare le condizioni sottese all'applicazione della procedura di cui all'art 108, paragrafo 3, TFUE e determinate le categorie di aiuti dispensate dalla sottoposizione alla medesima procedura.

⁶³² Il quale dispone l'obbligo degli Stati di comunicare alla Commissione qualsiasi intenzione relativa all'istituzione o alla modifica di aiuti di Stato, affinché la Commissione possa esprimersi tramite osservazioni in merito alla compatibilità o meno della misura con il mercato interno e decida di conseguenza.

⁶³³ Regolamento del Consiglio 2015/1589/UE del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'art 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (codificazione)

⁶³⁴ Come espresso da parte del Considerando n. 1 del regolamento n. 1589/2015.

⁶³⁵ Sono aiuti esistenti *ex art.* 1 lett. b) del regolamento 1589/2015, quelli che: sono già autorizzati dalla Commissione e dal Consiglio; quelli che sono diventati aiuti per evoluzioni del mercato e senza aver subito modifiche; ogni aiuto per cui è scaduto il termine di prescrizione per il recupero (10 anni dalla Concessione al beneficiario) ai sensi dell'art 17.

⁶³⁶ La notifica si considera completa ove la Commissione, entro due mesi decorrenti dal giorno successivo dalla ricezione della notifica o di ogni altra informazione complementare richiesta dall'istituzione unionale, la Commissione non richieda ulteriori informazioni (art 2, paragrafo 5, regolamento 1589/2015).

⁶³⁷ In virtù della clausola di sospensione prevista dall'art 3 del regolamento n. 1589/2015. È da ritenersi che l'eventuale autorizzazione concessa dalla Commissione all'esecuzione del progetto sia costituita anche dagli impegni assunti dallo Stato ove la Commissione abbia subordinato l'autorizzazione a una serie di condizioni. In proposito, CGUE, grande sezione, 31 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:58, causa C-284/21, punto 69 dice che: "nel caso in cui una misura di aiuto recepisca, su proposta dello Stato membro interessato, impegni assunti da quest'ultimo, al fine di verificare se

Le decisioni della Commissione possono assumere diversa forma in ragione di quanto emerge dai dati trasmessi dallo Stato tramite notifica. Ai sensi dell'art 4, paragrafi da 2 a 4, la Commissione può dichiarare mediante decisione che: la misura non costituisce un aiuto di Stato ai sensi del trattato; non intende sollevare obiezioni in quanto l'aiuto risulta compatibile con il mercato interno ai sensi dell'art 107 TFUE, specificando entro quale deroga rientri a norma del TFUE; altrimenti avvia il procedimento di indagine formale ai sensi dell'art 108, paragrafo 2, TFUE, in quanto emergono dubbi in ordine alla conciliabilità della misura con il mercato interno.

Qualunque natura abbia, la decisione deve pervenire entro due mesi decorrenti dal giorno successivo dalla ricezione della notifica, altrimenti la misura si ritiene autorizzata. Lo Stato può, quindi, attuarla dopo averne avvisato la Commissione, a meno che questa non emetta decisione contraria entro 15 giorni dalla ricezione di questa seconda notifica⁶³⁸.

Ciò detto, ecco che emergono in materia di aiuti di Stato poteri della Commissione assai simili a quelli conferiti all'AGCM in materia di violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE.

La Commissione Europea, infatti, può chiedere informazioni⁶³⁹ allo Stato membro mittente della notifica⁶⁴⁰, ma anche ad altri soggetti⁶⁴¹ in ragione della necessità di costruire un quadro completo che le consenta di decidere adeguatamente e coerentemente all'applicazione del trattato. informazioni supplementari in ragione della incompletezza della notifica originaria; può avviare un procedimento di indagine formale rivolto all'accertamento in ordine all'incompatibilità della misura notificata dallo Stato membro con il mercato interno; irrogare ammende e penalità di mora alle imprese o associazioni di imprese⁶⁴².

Per quanto concerne il potere di richiedere informazioni allo Stato membro, è previsto che la Commissione informi lo Stato della ricezione di quanto richiesto, nonché solleciti lo Stato stesso che non abbia adempiuto alla richiesta fissando un termine entro il quale sopperire all'inadempimento. Sempre nell'ottica della collaborazione, tuttavia, lo Stato può ingiungere la Commissione a considerare la notifica completa, attraverso una comunicazione debitamente motivata, in ragione dell'impossibilità di reperire le informazioni supplementari richieste.

l'autorizzazione di attuazione di una siffatta misura di aiuto concessa dalla Commissione in esito alla fase di esame preliminare sia ancora applicabile in circostanze in cui si afferma che tale Stato membro non ha rispettato detti impegni, si deve ritenere che questi ultimi costituiscano parte integrante della misura autorizzata, qualora essi siano stati presi in considerazione da tale istituzione nell'ambito della valutazione della compatibilità con il mercato interno degli aiuti di Stato in questione, di modo che tale autorizzazione vale soltanto a condizione che detti impegni siano rispettati".

⁶³⁸ Art. 4, paragrafo 6, regolamento 1589/2015.

⁶³⁹ La necessità di conferire alla Commissione il potere di chiedere informazioni si ritrova nel considerando n. 10 del regolamento 1589/2015

⁶⁴⁰ Art 5, regolamento 1589/2015

⁶⁴¹ La disciplina relativa alla "richiesta di informazioni ad altre fonti" è contenuta nell'art 7 del regolamento 1589/2015

⁶⁴² Art 8, regolamento 1589/2015

Le altre fonti cui la Commissione può rivolgersi per l'ottenimento di informazioni necessarie all'assunzione di una decisione sono imprese, associazioni di imprese, altri Stati membri, ognuno interpellato in quanto interessato alla richiesta e solo per il reperimento di notizie a loro disposizione⁶⁴³. In questi casi, l'azione della Commissione è legittimata solo ove la richiesta riguardi procedimenti di indagine formale e si può estendere ai beneficiari degli aiuti solo ove lo Stato membro concedente acconsenta a ciò⁶⁴⁴.

La decisione della Commissione può anche avere a oggetto l'inflizione di sanzioni o penalità di mora alle imprese o associazioni di imprese che, volontariamente o per grave negligenza, forniscano, nel caso delle sanzioni, informazioni inesatte o fuorvianti richieste dalla Commissione mendiate semplice domanda o con decisione⁶⁴⁵, ovvero sia violato quanto previsto dall'art 7, paragrafo 7⁶⁴⁶, per le penalità di mora⁶⁴⁷. Sia per le sanzioni che per le penalità di mora, ad ogni modo, vale il termine di prescrizione sancito *ex art.* 18 del regolamento, il quale prescrive che le decisioni relative all'irrogazione di ammende o penalità rientrino nei poteri esercitabili dalla Commissione solo entro tre anni dalla commissione dell'illecito ovvero dalla cessazione dello stesso, ove continuativo.

L'entità di sanzioni e penalità di mora deve essere valutata in ragione della natura, della gravità, della durata dell'infrazione, sempre e comunque alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza⁶⁴⁸.

Si conferma, quindi, che i criteri relativi alla determinazione dell'ammontare di ammende e penalità così come la proporzionalità e l'adeguatezza rispetto all'infrazione da punire siano principi di carattere generale che tornano nella materia degli aiuti di Stato ma che già si erano asseriti a proposito delle altre branche della disciplina *antitrust*⁶⁴⁹.

Ciò posto, a seguito dell'esperimento della procedura di indagine, la Commissione può concluderla tramite l'adozione di una serie di decisioni previste *ex art.* 9 del regolamento in parola, mantenendo estranee tutte le informazioni ottenute a seguito di richiesta ma che siano riservate e che non sia possibile aggregare o rendere altrimenti anonime⁶⁵⁰. Le categorie di decisione sono: la decisione che dichiara che la misura non costituisce aiuto, anche a seguito delle modifiche opportunamente

⁶⁴³ Art 7, paragrafo 4, regolamento 1589/2015

⁶⁴⁴ Art 7, paragrafo 2, lett. b) e considerando n. 11, regolamento 1589/2015

⁶⁴⁵ Rispettivamente prevista dai paragrafi 6 e 7 dell'art 7 del regolamento 1589/2015

⁶⁴⁶ Che prevede la facoltà della Commissione di richiedere informazioni a imprese o associazioni di imprese invitandole mediante decisione a fornire quanto richiesto, indicando la base giuridica, lo scopo dalla richiesta e i termini entro cui provvedere.

⁶⁴⁷ L'importo delle sanzioni può essere massimo pari all'1% del fatturato realizzato durante l'ultimo esercizio sociale, quello delle penalità di mora non può essere superiore al 5% del fatturato medio giornaliero dell'impresa o associazione interessata realizzato durante l'esercizio sociale precedente per ogni giorno lavorativo di ritardo

⁶⁴⁸ Soprattutto ove interessino piccole e medie imprese (art 8, paragrafo 3, regolamento 1589/2015)

⁶⁴⁹ In proposito, si veda l'art. 15, comma 1 bis, L. 287/1990 di cui si tratta nel presente Capitolo, paragrafo 2.1.

un'ulteriore somiglianza con i poteri dell'AGCM si ha con riguardo al potere ispettivo, previsto in tema di aiuti di Stato dall'art. 27 del regolamento 1589/2015, rubricato "controlli in loco" e tipico dell'azione di indagine dell'autorità garante della concorrenza e del mercato, in ragione della necessità di accertare la violazione degli artt. 102 e 102 TFUE.

⁶⁵⁰ Art. 9, paragrafo 9, regolamento 1589/2015

apportata dallo Stato: una decisione positiva, che asserisca la compatibilità della misura con il mercato interno, eventualmente a seguito di modifiche adottate dallo Stato; la decisione negativa che segue all'emersione di incompatibilità dell'aiuto con il mercato interno.

Prima di adottare una qualsiasi decisione, la Commissione dà allo Stato membro interessato la possibilità di esprimersi sulle informazioni a disposizione della Commissione e su quelle fornite dallo stesso Stato⁶⁵¹.

Indipendentemente dal tenore della decisione, inoltre, la Commissione deve impegnarsi affinché la decisione pervenga entro 18 mesi dall'avvio della procedura di indagine, a meno di proroga concordata con lo Stato membro interessato. Ove scada il termine, ovvero su richiesta dello Stato membro, la Commissione adotta una decisione allo stato degli atti, fondata sulle informazioni in suo possesso, che sarà negativa ove queste non consentano di eliminare i dubbi sussistenti in ordine alla compatibilità richiesta dall'art 107 TFUE⁶⁵².

Poteri di *enforcement* della Commissione si estrinsecano anche nell'ambito di aiuti illegali, definiti quali i nuovi aiuti attuati in violazione dell'art 108, paragrafo 3, cui si applica la disciplina delle indagini formali e della richiesta di informazioni previste per i nuovi aiuti, *mutatis mutandis*. Nell'ambito degli aiuti illegali la Commissione può di propria iniziativa o dietro denuncia⁶⁵³ esaminare informazioni, indipendentemente dalla fonte da cui provengono e anche chiedere informazioni allo Stato membro interessato⁶⁵⁴, così come ingiungerlo di sospendere l'aiuto o recuperarlo⁶⁵⁵. Ove lo Stato membro non adempia all'ingiunzione, la Commissione può rivolgersi direttamente alla CGUE affinché accerti la violazione del TFUE⁶⁵⁶. Tale disposizione concretizza la previsione dell'art 108, in deroga a quanto previsto dagli artt. 258 e 259 TFUE.

Le decisioni adottabili in materia di aiuti illegali ricalcano quelle di cui si è già trattato cui si aggiunge, però, la cosiddetta decisione di recupero, con cui la Commissione ordina allo Stato di recuperare quanto concesso in aiuto e dei relativi interessi, maturati a partire dal momento della disponibilità delle somme nella sfera del beneficiario, così ripristinando la conformità dell'ordinamento interno alle disposizioni del trattato, purchè il recupero non contrasti con principi fondamentali del diritto

⁶⁵¹ La possibilità dello Stato di presentare osservazioni è connessa al potere di revoca della Commissione delle decisioni adottate ove emerga che le decisioni su cui si fondavano siano inesatte. Da tale constatazione la Commissione deriva l'avvio di una procedura di indagine formale (art 11, regolamento 1589/2015).

⁶⁵² Art. 9 paragrafi 6 e 7 del regolamento 1589/2015.

⁶⁵³ L'art 24 del regolamento 1589/2015 disciplina i "diritti degli interessati" prevedendo per questi la facoltà di presentare osservazioni a seguito dell'avvio della procedura di indagine formale da parte della Commissione, e quella di presentare denuncia per informare la Commissione di presunti aiuti illegali o attuazione abusiva di aiuti.

La denuncia è qualificata dal considerando n. 32 come una "fondamentale fonte di informazione per rilevare la violazione della normativa dell'Unione sugli aiuti di Stato".

⁶⁵⁴ Art. 12, regolamento 1589/2015

⁶⁵⁵ Art. 13, regolamento 1589/2015

⁶⁵⁶ Art. 14, regolamento 1589/2015

dell'Unione⁶⁵⁷. In materia di recupero di aiuti illegali, i poteri della Commissione non sono da considerarsi esercitabili illimitatamente nel tempo, poiché soggetti a un termine di prescrizione decennale in ragione della necessità di contemperare esigenze *antitrust* con quelle relative alla trasparenza e alla certezza del diritto⁶⁵⁸. Alla scadenza dei 10 anni concessi dalla disciplina, che decorrono a partire dal giorno in cui l'aiuto è concesso al beneficiario, quale aiuto individuale, ovvero come parte di un regime di aiuti, il recupero dell'aiuto accertato come illegale non può più essere ingiunto allo Stato.

Un ultimo cenno va fatto al principio della collaborazione, assolutamente pregnante nell'azione della Commissione per quanto concerne il suo rapporto con gli Stati membri⁶⁵⁹, e anche con i giudici nazionali.

Nel primo caso, la cooperazione è prevista direttamente da parte dell'art 108, paragrafo 1, TFUE, il quale prescrive, come detto, che la Commissione debba esaminare i regimi di aiuti esistenti “*con gli Stati*”. Tale cooperazione viene meglio specificata in seno al regolamento del 2015 in ossequio ai principi di trasparenza e certezza del diritto⁶⁶⁰, in particolare in seno al Capo VI del regolamento⁶⁶¹. Quest'ultimo stabilisce che la Commissione cooperi con gli Stati membri nella valutazione dei regimi di aiuti esistenti e che, ove da tale esame emerga che l'aiuto non sia o non sia più compatibile con il mercato intero, informa lo Stato che sarà ammesso a presentare le proprie osservazioni entro un mese⁶⁶². Nel caso in cui, a seguito delle osservazioni, la Commissione ritenga violativo della disciplina il regime di aiuti soggetto a controllo, con raccomandazione propone allo Stato l'adozione di misure atte a: abolire il regime di aiuti, introdurre obblighi procedurali, ovvero apportare modifiche sostanziali al regime stesso⁶⁶³. Lo Stato membro può accettare le proposte, comunicare alla Commissione l'accettazione e, quindi, darvi attuazione. Ove, invece, declini quanto proposto dalla Commissione, se questa ritenga necessari gli aggiustamenti raccomandati, avvia la procedura di indagine formale cui si applica la disciplina generale *mutatis mutandis*⁶⁶⁴.

Altro rapporto improntato al principio di cooperazione è quello sussistente tra la Commissione europea e i giudici nazionali⁶⁶⁵. La concreta ed efficace attuazione delle norme in materia di aiuti di

⁶⁵⁷ Art. 16, regolamento 1589/2015

⁶⁵⁸ Art. 17 e considerando n. 26 del regolamento 1589/2015

⁶⁵⁹ La collaborazione informa a livello generale il rapporto tra Stati membri e Unione europea, come previsto dall'art 4 TUE (richiamato dal considerando n. 6 del regolamento 1589/2015).

⁶⁶⁰ Il considerando n. 29, infatti, esprime l'esigenza di meglio definire la portata della collaborazione prevista dall'art 108, paragrafo 1, TFUE.

⁶⁶¹ Rubricato “procedura relativa ai regimi di aiuti esistenti”. Va dall'art 21 al 23

⁶⁶² Art 21, paragrafo 2, regolamento 1589/2015. È prevista anche la proroga del termine mensile da parte della Commissione, in casi giustificati.

⁶⁶³ Art 22 regolamento 1589/2015

⁶⁶⁴ Art. 23 regolamento 1589/2015

⁶⁶⁵ Il considerando n. 37 del regolamento 1589/2015 afferma che: “l'applicazione coerente delle norme in materia di aiuti di Stato richiede l'istituzione di meccanismi di cooperazione tra i giudici degli Stati membri e la Commissione. Tale cooperazione investe tutti i giudici degli Stati membri che applicano l'articolo 107, paragrafo 1, e l'articolo 108, TFUE”.

Stato, infatti, passa necessariamente attraverso la loro applicazione in seno ai procedimenti giurisdizionali. Affinché questi siano coerenti, conformi con la decisione della Commissione di modo da attuare in maniera uniforme le prescrizioni del trattato *ex artt.* 107 e 108, i giudici nazionali possono chiedere alla Commissione di trasmettere loro quanto in suo possesso in materia di aiuti di Stato. Allo stesso modo, la Commissione può presentare osservazioni scritte ai giudici nazionali e, previa autorizzazione di questi ultimi e dopo aver informato di tale intenzione lo Stato membro interessato, anche osservazioni orali⁶⁶⁶.

Ciò posto, risulta a questo punto evidente che anche agli ampi e diversificati poteri di *enforcement* conferiti alla Commissione, assoluto *dominus* in materia di aiuti di Stato, sono informati ai principi generali che regolano l'azione nazionale e sovranazionale, nell'ottica di bilanciare le diverse esigenze e di rispettare i valori di proporzionalità e adeguatezza e di collaborazione tra i diversi livelli istituzionali coinvolti.

Qui di seguito, per completezza, si andrà brevemente a parlare delle origini della normativa *antitrust* che, sebbene così fondamentale, dettagliata e avanzata nell'area UE, vede la sua nascita negli Stati Uniti d'America.

5. Uno sguardo extraeuropeo: la legislazione *antitrust* negli Stati Uniti

Si andrà ora a focalizzare brevemente l'attenzione su una diversa esperienza concernente il tema dell'*enforcement* in materia *antitrust*.

Gli Stati Uniti D'America sono un colosso a proposito della disciplina posta a tutela della concorrenza. L'esperienza statunitense si sviluppa lungo una via diversa rispetto a quella sin da subito intrapresa, oggi preponderante, nell'UE. Negli Usa, la tutela della concorrenza non è un problema unicamente pubblicistico, salvaguardato preminentemente con strumenti di *public enforcement*, ma è anzi un valore particolarmente pregnante, integrato nella società, i cui membri risultano fondamentali per un'effettiva salvaguardia.

Al contrario di quanto avviene in Europa, ove il 90% degli interventi sono messi in atto tramite il *public enforcement*, negli USA il ruolo principale è certamente svolto dal *private enforcement*, che contribuisce al 95% dell'attuazione della normativa *antitrust*⁶⁶⁷.

⁶⁶⁶ Art 29, paragrafo 2, regolamento 1589/2015

⁶⁶⁷ A. Piletta Massaro, *Diritto della concorrenza-Private enforcement-private antitrust enforcement e legittimazione ad agire degli enti*, in *Giurisprudenza italiana*, 12, 1 dicembre 2020 p. 2693, riporta i dati percentuali di R. Chieppa, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: la complementarità tra public e private enforcement*, in G.A. Bennacchio & M.Carpagnano (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione Europea*, Atti del VI convegno biennale antitrust di Trento-6-8aprile 2017, Editoriale Scientifica, 2018, 40 e 41

La divergenza delle esperienze ha cause profonde. La storia mercantile Europea è stata marcatamente segnata dall'esperienza delle corporazioni, assolutamente estranee allo sviluppo commerciale americano che, quindi, crebbe all'insegna di una maggiore competitività e dinamicità, rimanendo sempre improntato all'ottica di autotutela dei propri interessi interni.

Alla fine del XIX secolo, quando si ripresentò il pericolo che i cartelli ostacolassero la libertà di commercio, mentre in Europa si reagiva spesso con superficiali controlli amministrativi o con l'introduzione di monopoli pubblici, gli Usa delineavano una emblematica legislazione antitrust orientata alla combinazione tra strumenti di *public* e *private enforcement*⁶⁶⁸.

La legislazione statunitense si orienta sì alla salvaguardia del libero mercato, ma anche a garantire un forte equilibrio nello stesso, evitando la straripanza del potere economico delle grandi imprese, sulla scia di un'impronta che viene definita di "*democrazia economica*"⁶⁶⁹.

Ciò che la legislazione *antitrust* statunitense voleva scongiurare, più che tutelare la concorrenza, allora intesa quale una condizione naturale che si andava sviluppando da sé^{670/671}, era l'eventualità che si andassero formando nel mercato posizioni predominanti grazie ad accordi presi da parte dei più grandi operatori del mercato, a scapito delle realtà meno imponenti.

L'evoluzione della disciplina *antitrust* americana passa attraverso un atto pionieristico e, oggi, ancora fondamentale, che è lo Sherman Act.

Quest'ultimo fu il primo atto federale rivolto alla limitazione delle attività di concentrazione che si stavano palesando per il tramite di accordi di grandi gruppi industriali.

Sullo sfondo della disciplina statunitense si rintraccia un ideale politico allora già obsoleto, in quanto superato dalla realtà, l'idea di Jefferson orientata a promuovere un mercato formato da tante piccole imprese. Tuttavia, già alla fine del XIX secolo, sembrava irreversibile il dilagare di fenomeni oligopolistici e di concentrazione, realtà sicuramente fondate sul costante progresso tecnico, che remava necessariamente contro il ritorno a un equilibrio, per così dire, naturale del mercato⁶⁷².

⁶⁶⁸ M. Libertini, *La legislazione antitrust negli Stati Uniti: lo "sherman act" come momento di rinascita della repressione penale dei monopoli, ma con nuove finalità di difesa di mercato pluralistico contro il prepotere delle grandi imprese. L'evoluzione del diritto antitrust americano: l'affermazione di un controllo amministrativo parallelo e i cicli di attivismo e allentamento delle norme repressive. La mancanza di una nozione costante e condivisa di concorrenza come bene giuridicamente tutelato*, in *Concorrenza* (Annali III, 2010)

⁶⁶⁹ si veda, M. Libertini, *op. cit.*, nota precedente

⁶⁷⁰ M. Libertini, *op. cit.*, nota precedente

⁶⁷¹ G. Paramithiotti, *op. cit.*

Gli economisti classici affiancavano il concetto economico di concorrenza allo studio del comportamento umano, come rivolto alla massimizzazione del proprio interesse, e già Darwin l'aveva applicata per l'elaborazione della propria teoria evuzionistica: <https://www.jstor.org/stable/43101469?seq=2>

⁶⁷² Secondo M. Libertini, voce *Concorrenza*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali III, Milano 2010, p. 191 ss.

5.1 Lo Sherman Antitrust Act

Nei primi anni del XIX secolo, le imprese statunitensi combatterono con lo scopo di sopravvivere a quella che viene comunemente definita la “*guerra dei prezzi*”. Chi riuscì nel proprio intento, cercò di attuare ogni strumento utile al fine di affrontare più serenamente la propria permanenza nel sistema economico del mercato.

Venne così a emergere il cosiddetto fenomeno del pooling, il cui significato letterale rimanda a un raggruppamento di diverse imprese, che si congiungevano al di sotto della gestione di un unico soggetto, determinato al fine di assegnare a ogni partecipante quote di mercato e margini di profitto. Il fenomeno venne sopito, anche in considerazione della scarsa efficienza che denotava, dall’interstate commerce act del 1887.

Il pooling si andò, però, evolvendo, fino alla nascita di quelli che oggi si definiscono cartelli.

Pioniere nella realizzazione di tale schema, capace di limitare significativamente il funzionamento del sistema concorrenziale, fu il magnate americano John D. Rockefeller, il quale costituì un *trust* nel 1867, istituto funzionale a realizzare un accordo anticompetitivo particolarmente performante. Attraverso il *trust*, infatti, ogni impresa partecipante al cartello concedeva all’altra la possibilità di votare all’intero dei propri consigli di amministrazione.

Tale sistema giunse, sul finire degli anni ’80 del XIX secolo, a dominare i mercati di diversi settori, quello petrolifero come quello ferroviario, rinsaldando la posizione di pochi colossi imprenditoriali a scapito delle piccole realtà economiche della classe media statunitense (middle-class), la quale aprì la strada a numerosi scontri, portati avanti soprattutto da agricoltori e commercianti.

È in tale contesto sociale ed economico che emerge la proposta di J. Sherman, Senatore dello Stato dell’Ohio, proposta che piuttosto che essere rivolta alla tutela della libertà economica, mirava a contenere lo strapotere economico degli imprenditori partecipanti ai *trust*⁶⁷³, proprio come testimonia il nome di Sherman *Antitrust Act*.

Nonostante il concetto di diritto antitrust, oggi, rimandi comunque all’idea di tutela della concorrenza, le origini della nozione vengono tradizionalmente ricondotte all’introduzione nel diritto federale statunitense dello Sherman Antitrust Act.

Quest’ultimo, con l’obiettivo sotteso di redistribuire in maniera efficace la ricchezza che era concentrata nelle tasche di pochissimi imprenditori, contribuisce alla tutela della democrazia, non

⁶⁷³ La dicitura di *antitrust*, deriva appunto dal fatto che inizialmente, negli Usa, considerata la concorrenza una situazione cui il mercato naturalmente tendeva, ciò che si voleva ostacolare erano i “*trust*” ossia gli accordi collusivi fra concorrenti atti a restringere la concorrenza. D. Crane e H. Hovenkamp, *The making of competition policy: legal and economics sources*, Oxford, Oxford university press, 2013, p. 78, identificano i casi di *trust* “in every case in which a single person or association of persons has the power of fixing either the amount of a commodity that is offered for sale or the price at which it is offered”.

solo economica, ma anche politica e sociale⁶⁷⁴. Tale atto venne emanato dal Congresso degli Stati Uniti nel 1890, su proposta dell'omonimo Senatore, John Sherman.

Nonostante la sua risalenza nel tempo, la legge risulta ancora oggi una delle pietre miliari della disciplina antitrust, capace di influenzare lo sviluppo della materia a livello mondiale.

Gli artt. 1 e 2 dell'atto vietano rispettivamente gli accordi atti a restringere o falsare la concorrenza nel mercato, e i monopoli. La differenza tra le due disposizioni risiede soprattutto nel fatto che la violazione dell'art 1 presuppone necessariamente il coinvolgimento di almeno due imprese nella condotta illecita, potendo, al contrario, l'art 2 essere violato dal comportamento monopolisticamente orientato di un unico operatore economico.

Sebbene caratterizzati dalla realizzazione di condotte sensibilmente diverse, entrambi i divieti posti dall'atto sono rivolti a scongiurare l'eventualità che le condotte vietate si concretizzino nella limitazione della concorrenza nel mercato.

Nell'ambito delle prime applicazioni dello *Sherman act*, bisogna ricordare l'importante impatto che ebbe, ai fini della demolizione dei cartelli anticoncorrenziali, l'impegno in tal senso profuso dal presidente U. T. Roosevelt, il quale anelò, durante il suo mandato, a migliorare in ogni dove le condizioni di benessere di ogni cittadino. Al fine di conseguire tale obiettivo, era imprescindibile occuparsi dei processi contri i *trust*.

In proposito, emblematico è lo "*Standars Oil case*", afferente a un *trust* nato nel mercato petrolifero, capitanato da Rockefeller, risolto dalla Corte suprema degli stati uniti nel 1911, con il suo scioglimento e lo smembramento in moltissime società diverse⁶⁷⁵.

Ritornando alle conseguenze previste all'interno delle prime due sezioni dell'atto in parola, esse tradiscono una vocazione della disciplina non tanto amministrativa, quanto penale. I rimedi, dettati analogamente dalle due disposizioni al fine di punire la loro violazione, comportano la comminazione di una pena pecuniaria, una pena detentiva, o una combinazione di entrambe le pene⁶⁷⁶.

Nonostante l'esplicita previsione delle conseguenze sanzionatorie pecuniarie e penali alla commissione degli illeciti, sin dai primi anni del XX secolo si andarono diffondendosi, nella prassi, conclusioni di accordi, detti *consent decrees*, volti a far cessare il contenzioso giudiziario⁶⁷⁷, uno

⁶⁷⁴ D. D'Alberti, *Società-Tutele "multilivello" e l'effettività dei rimedi per gli utenti online*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 5, 1 settembre 2021, p. 1079

⁶⁷⁵ R. Sparano, E. Adducci, *Introduzione al diritto della concorrenza*, in *Altalex*, 2008: <https://www.altalex.com/documents/news/2008/02/12/introduzione-al-diritto-della-concorrenza>

⁶⁷⁶ Le sections 1 e 2 dello Sherman act prevedono una pena pecuniaria entro \$10.000.000 per le società e \$ 350.000 per i singoli e pene detentive fino a 3 anni.

⁶⁷⁷ G. Massarotto, *Le decisioni antitrust negoziate negli Stati Uniti e in europa*, in *Concorrenza e mercato*, 1/2018, in cui si parla del caso OILS elevator, Società di costruzione di ascensori che attraverso un trust, stava acquisendo diverse società concorrenti e fortificando così la propria posizione sul mercato di riferimento

strumento di *enforcement* capace di assumere sempre maggiore rilevanza nel tempo⁶⁷⁸ e, risultato in seguito fondamentale anche nella legislazione europea, ove prende forma nell'istituto degli impegni. A ogni modo, la conclusione di un accordo al fine di porre rimedio all'illecito *antitrust* posto in essere è rivolto alla sola composizione consensuale del procedimento civile, altra è la potenziale conseguenza penale a carico delle persone fisiche. Le sections 1 e 2 dello *Sherman act* prevedono, infatti, conseguenze che coinvolgono aspetti non solo pecuniari, ma anche penali.

In proposito è da rilevare che negli USA è comune che ai cosiddetti "*corporate Officers*", ossia coloro i quali ricoprono cariche di vertice nell'assetto societario dell'impresa autrice dell'illecito *antitrust*, sia imposta una pena detentiva entro il limite di tre anni, previsto per la violazione delle norme in questione e, al contempo, si punisca la condotta dell'ente societario attraverso l'irrogazione di un'ammenda pecuniaria che è obbligato a pagare.

Già dalle conseguenze previste dalla legislazione statunitense si evince il divario sussistente tra questa, e le scelte operate nell'area UE, ove l'illecito *antitrust* non solo è una condotta attivamente limitata alle sole imprese, non essendo prevista la possibilità che a violare gli artt. 101 e 102 del TFUE siano le singole persone fisiche, ma dall'infrazione può conseguire unicamente l'inflizione di una sanzione amministrativa pecuniaria, non essendo mai contemplato, come già detto, il ricorso al sistema penalistico.

La portata penale delle conseguenze connesse alla violazione della normativa *antitrust*, però, contribuisce alla realizzazione di una forte effettività dei divieti imposti dalla normativa statunitense. La critica inerente alla carenza di efficienza dell'*enforcement* previsto a livello europeo si lega spesso alla totale assenza di prescrizione in ordine alla possibile responsabilità penale delle singole persone fisiche agenti, in nome e per conto di un'impresa, in via illecita tale da alterare l'assetto concorrenziale del mercato.

Nell'attuazione delle conseguenze previste dell'atto, però, è da rilevare che, in via pretoria, è stata sviluppata una regola basilare che ha riempito di significato, efficienza e logicità le previsioni legislative, la *rule of reason*, la quale si applica ove non sia imputabile all'impresa autrice dell'illecito la cosiddetta "*per sé violation*" ossia una responsabilità oggettiva tipica di condotte talmente impattanti, da non consentire alcuna giustificazione in merito alla possibile ragionevolezza del comportamento. Casi di gravi violazioni accadono spesso nel caso in cui si alteri orizzontalmente la libera concorrenza, ad esempio con accordi tra concorrenti rivolti alla fissazione del prezzo, a ripartire la clientela o allinearsi su una certa quantità di produzione dei prodotti di loro pertinenza.

⁶⁷⁸ Nel 2014 è stato stimato che il 90 % delle indagini condotte dalla FTC (Federal Trade Commission) sono state concluse in via consensuale secondo il Competition Enforcement Database

Al contrario, ove sia accertata una condotta anticoncorrenziale piuttosto lieve, la giurisprudenza americana applica la *rule of reason*, nell'ottica di consentire all'impresa imputata di giustificare dal punto di vista economico la propria condotta, analizzando se l'alterazione concorrenziale sia più o meno rilevante rispetto ai benefici che l'assetto competitivo può trarre dalla condotta *sub iudice*. L'applicazione di tale regola pretoria può intendersi quale progressiva affermazione della presunzione di innocenza⁶⁷⁹.

L'evoluzione legislativa successiva allo *sherman act* vede l'emanazione di altri atti particolarmente rilevanti nell'ambito della disciplina *antitrust* statunitense. In particolare, si ricordano quelli sopraggiunti nel 1914: il Clayton Act e il Federal Trade Commission Act rivolti all'implementazione dell'efficienza e della chiarezza di quanto previsto nell'atto legislativo precedente.

Il primo istituisce la Federal Trade Commission, quella che, in Italia, sarebbe considerata un'autorità amministrativa indipendente con il compito di promuovere il funzionamento del mercato statunitense imperniato su un assetto concorrenziale. Al fine di perseguire tale interesse, la suddetta autorità viene dotata di poteri investigativi in materia di accordi e monopoli, poteri che oggi sono ampliati anche nei campi di pubblicità ingannevole e tutela dei consumatori⁶⁸⁰.

In conclusione, il diritto *antitrust* statunitense, precursore della tutela della concorrenza a livello mondiale, aveva come obiettivo principale quello di contenere, limitare, arginare la progressiva espansione economica dei grandi *trust* formati negli ultimi decenni del XIX secolo, scongiurando così che raggiungessero un potere economico tale da influenzare la classe politica dirigente e da superare la capacità economica statale. Con tale obiettivo sotteso, il valore dalla portata ingravesciente da salvaguardare era quello della libertà di iniziativa economica per la quale risulta essenziale garantire una competizione improntata alla libera concorrenza.

Dall'esperienza americana si sviluppò, a seguito della seconda guerra mondiale, la normativa delineata via via nell'area europea, normativa che, come visto, si emancipa rispetto al modello americano e fonda un sistema prettamente pubblicistico di controllo in ordine al rispetto della normativa posta a tutela della concorrenza, a livello sovranazionale, ma anche nazionale.

A conclusione della trattazione sulla disciplina *antitrust*, è bene fare un ultimo e breve cenno con riguardo alle più recenti frontiere della stessa raggiunte in ambito europeo, dimostrazione della volontà e dell'impegno unionale a coprire ogni possibile anfratto del mercato per garantire *in toto* gli assetti concorrenziali auspicati.

⁶⁷⁹ M. Libertini, *op. cit.*, in Concorrenza (Annali III, 2010)

⁶⁸⁰ R. Sparano, E. Adducci, *op. cit.*

5.2 Una disciplina Europea con prospettive di regolazione internazionale, il Digital Market Act

La recente, rivoluzionaria azione unionale si è mossa verso la regolamentazione concorrenziale di un settore fondamentale nell'odierna società digitale, quello dei mercati digitali appunto.

A dicembre 2020 la Commissione Europea aveva presentato una proposta di regolamento relativa alla normazione dei mercati digitali⁶⁸¹. Questi ultimi, come rileva la Commissione, hanno dato un'importante quanto non trascurabile spinta allo sviluppo del mercato interno, agevolando il commercio transfrontaliero e foraggiando nuove opportunità commerciali.

Tali effetti positivi sono, però, affiancati da negatività concernenti l'assetto del mercato digitale, caratterizzato da un grande numero di piattaforme operanti (circa 10 mila), la maggior parte delle quali appartenente alla categoria di PMI (piccole-medie imprese), solo poche, invece, riconducibili alla qualificazione di grandi piattaforme. Queste, nel settore regolato dal Digital Market Act, assumono un ruolo di *gatekeeper*, ossia "controllori dell'accesso". Questi ultimi, grazie alla portata delle loro funzioni di intermediazione tra utenti finali e utenti commerciali, e considerata la loro capacità di tracciare e profilare gli utenti finali, di fatto controllano l'accesso all'erogazione dei servizi digitali, creando situazioni di dipendenza economica delle piattaforme digitali più piccole e di concorrenza sleale. Ciò inefficiente il mercato interno, a scapito soprattutto dei consumatori, i quali si ritrovano a usufruire di servizi poco competitivi in termini di rapporto qualità/prezzo, vastità della scelta e spinta verso l'innovazione, ossia tutti quei vantaggi che porta con sé la realizzazione di un assetto correttamente concorrenziale del mercato.

Ebbene, oggi non può prescindere da una regolamentazione *ad hoc* dei mercati digitali al fine di delineare una disciplina il più possibile peculiare e attagliata alle specificità del settore e, come annunciato dalla Commissione Europea nella comunicazione relativa a "*plasmare il futuro digitale dell'Europa*"⁶⁸², questa si era già allora impegnata a studiare una via attraverso cui garantire l'equità, l'innovazione, la contendibilità dei mercati retti da grandi piattaforme idonee ad assumere il ruolo di *gatekeeper*, di modo da aprirlo a innovatori e nuovi operatori, così foraggiando la concorrenza e l'implementazione dei suddetti valori conseguenti a vantaggio degli utenti finali.

La regolazione sui mercati digitali, parte del Digital Services Package⁶⁸³, nasce dalla volontà unionale di normare lo spazio digitale di farlo "*a modo proprio*"⁶⁸⁴, garantendo: lo sviluppo di una tecnologia

⁶⁸¹ COM(2020) 842 final, 15 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)

⁶⁸² COM(2020) 67 final, 19 febbraio 2020, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni, *plasmare il futuro digitale dell'Europa*

⁶⁸³ Comprensivo di Digital Market Act e Digital Services Act, due regolamenti volti alla normazione dello spazio digitale per renderlo sicuro per gli utenti e aperto all'innovazione e all'accesso delle imprese.

⁶⁸⁴ COM(2020) 67 final, 19 febbraio 2020

che rimanda al servizio delle persone; la formazione di una società aperta, democratica e sostenibile; la realizzazione di un'economia improntata ai valori di equità e competitività⁶⁸⁵.

Il Digital Market Act⁶⁸⁶, consapevole della rilevanza economica a livello europeo, nonché globale, delle piattaforme digitali e dei servizi dalle stesse erogate⁶⁸⁷, rivoluziona l'approccio tipico della disciplina *antitrust*, tipicamente agente *ex post* rispetto alla commissione dell'infrazione anticoncorrenziale. Il nuovo regolamento sceglie di adattarsi alle peculiarità della materia trattata, a tutela dei consumatori ma anche del diritto delle nuove imprese di accedere al mercato di riferimento senza subire le angherie tipiche di comportamenti sleali tipici di chi abusa della propria posizione dominante, così adottando un metodo fondato su una strategia *ex ante*, che scongiura il verificarsi dell'illecito piuttosto che punirlo, considerato il disvalore connesso allo sfruttamento abusivo della posizione dominante da parte di un gatekeeper nell'ambito di un mercato che dovrebbe essere per sua natura aperto, innovativo ed equo, proprio come auspicato dalla normativa unionale.

L'approccio *ex ante* consente un monitoraggio preventivo e un'applicazione più subitanea e immediata dalla relativa disciplina *antitrust*, così attagliandosi al massimo alla velocità di modificazione ed evoluzione del mercato digitale che il regolamento è rivolto a disciplinare dal punto di vista concorrenziale, superando le inefficienze date dallo svolgimento, spesso abbastanza duraturo, delle indagini atte all'accertamento dell'infrazione.

Il primo passo che il regolamento compie è quello di determinare i parametri attraverso cui procedere alla rilevazione di gatekeeper, corrispondenti a Large Online Platforms (piattaforme online di grandi dimensioni), il cui novero è determinato sulla base di parametri misurabili e verificabili. L'art 2, n. 1, del regolamento definisce i gatekeeper come le imprese che forniscono servizi di piattaforma di base⁶⁸⁸, per come designati dall'art 3. Quest'ultimo dispone, al paragrafo 1, che la qualificazione di una piattaforma online come gatekeeper discende dalla valutazione inerente a: l'impatto significativo sul mercato; la fornitura di un servizio di base costituente un punto di accesso, "gateway", fondamentale per il raggiungimento degli utenti finali da parte degli utenti commerciali; la detenzione di una posizione consolidata e duratura, anche se è solo prevedibile che la ottenga nel prossimo futuro. In ordine a ognuno di questi requisiti, il paragrafo 2 dell'art 3 determina delle presunzioni di soddisfacimento dei requisiti. Per cui, una piattaforma avrà un impatto significativo sul mercato ove

⁶⁸⁵ COM(2020) 67 final, 19 febbraio 2020

⁶⁸⁶ Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, n. 1925, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale che modifica le direttive 2019/1937/UE e 2020/1828/UE (regolamento sui mercati digitali)

⁶⁸⁷ Di cui si parlerà più approfonditamente nel capitolo III

⁶⁸⁸ I quali consistono, ex art 2, n. 2, regolamento 2022/1925/UE, in: servizi di intermediazione online, motori di ricerca online, servizi di social network online, servizi di piattaforma per la condivisione di video, servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero, sistemi operativi, browser web, assistenti virtuali, servizi di cloud computing, servizi pubblicitari online.

il suo fatturato annuo raggiunga i 7,5 mld di euro nei tre esercizi commerciali precedenti la valutazione, ovvero se la capitalizzazione media è non inferiore a 75 mld nell'ultimo esercizio, e se fornisce servizi di base almeno in tre Stati membri. La piattaforma sarà considerata un gateway fondamentale ove risulti che abbia fornito servizi nell'ultimo esercizio a 45 o più mln di utenti finali situati o stabiliti nell'UE, su base mensile, e almeno 10 mila utenti commerciali attivi su base annua nell'Unione. Ove tali soglie siano state raggiunte in ognuno degli ultimi tre esercizi finanziari, la piattaforma soddisfa anche l'ultimo requisito relativo alla posizione consolidata e duratura.

A questo punto, sempre *ex art. 3*, si manifesta l'approccio preventivo del regolamento, il quale impone alle imprese che raggiungano le soglie indicate al paragrafo 2⁶⁸⁹ dell'art. 3 di notificare senza indugio, e comunque entro due mesi dall'eguagliamento delle soglie, l'evento alla Commissione fornendole tutte le relative informazioni. Ove la notifica manchi, la Commissione può comunque procedere alla qualificazione dell'impresa come gatekeeper sulla base delle informazioni che ha a sua disposizione. Al contrario, nel caso in cui la notifica pervenga la Commissione procede a norma del paragrafo 4 dell'art 3, il quale statuisce il dovere dell'istituzione di designare l'impresa come gatekeeper, al massimo entro 45 giorni lavorativi dalla ricezione delle informazioni complete, indicando nella relativa decisione i servizi di base forniti dalla piattaforma gatekeeper e costituenti singolarmente punti di accesso importanti per foraggiare il contatto tra utenti commerciali e utenti finali⁶⁹⁰.

Dalla designazione, che avvenuta preventivamente rispetto alla possibilità che le imprese si cimentino nella perpetrazione di attività anticoncorrenziali, discende la necessità che le stesse adempiano una serie di obblighi previsti dal regolamento agli artt. 5, 6, 7, relativi per esempio al trattamento e utilizzo di dati personali degli utenti o all'interoperabilità dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero.

Sempre la Commissione, sotto la cui egida tali piattaforme operano, può valutare ed eventualmente concedere, in tutto o in parte, a norma dell'art. 9, la sospensione richiesta di uno degli obblighi previsti, ove l'adempimento, a causa di circostanze eccezionali, ostacoli la redditività dell'attività esercitata dall'impresa.

Ciò detto, l'approccio preventivo non esclude del tutto la rilevanza di attività di indagine. Queste ultime, nel regolamento in parola si inseriscono in due differenti ambiti. Il primo davvero coerente con la logica di intervento *ex ante*, a norma dell'art. 17, che prevede la possibilità per la Commissione di effettuare indagini connesse alla valutazione in ordine alla necessità di designare o meno un'impresa come gatekeeper. Il secondo riguarda, come in tutti gli altri ambiti di cui si è trattato

⁶⁸⁹ Le metodologie connesse alla verifica del raggiungimento di tali soglie possono, a norma del paragrafo 6 dell'art. 3, oggetto di atti delegati la cui emanazione è prerogativa della Commissione (potere che deve essere esercitato alle condizioni previste dall'art. 49 del Digital Market Act)

⁶⁹⁰ Art. 3, paragrafo 9, regolamento 2022/1925/UE

sinora, i poteri di indagine legati all'accertamento di un'infrazione delle piattaforme qualificate come gatekeeper, in quanto inadempimenti rispetto agli obblighi sulla stessa incombenti, ovvero se non rispettano decisioni della Commissioni inerenti a misure provvisorie (art 24), o impegni divenuti giuridicamente vincolanti a norma dell'art. 25. In questo settore, riemergono i poteri tipici della Commissione quale suprema Autorità *antitrust*, poteri di indagine, di ispezione, di richiesta informazione, di accettazione di impegni, di irrogazione di ammende (art 30) e penalità di mora (art. 31), strumenti tipici dell'*enforcement* pubblico che, come già visto, è generalmente svolto in cooperazione con le Autorità nazionali a tutela del diritto della concorrenza.

L'applicazione del regolamento in parola decorre dal 2 maggio 2023, salvi casi eccezionali previsti dall'art 54. L'evidente vicinanza della data determina un'assenza di pronunce relative al regolamento da parte della CGUE. Ciò che è certo, però, è che l'Unione vuole a tutti i costi svolgere un ruolo *leader* nella regolamentazione dello spazio digitale così come nell'evoluzione e sviluppo dei servizi digitali, il che ha portato il testo normativo a prevedere a possibilità di interventi modificativi, integrativi della Commissione rivolti a garantirne l'efficacia e l'applicazione⁶⁹¹.

La nuova normativa, i cui effetti sono ancora tutti da verificare, può, almeno *in pectore*, riuscire nel triplice obiettivo legato alla promozione della concorrenza improntata ai valori di lealtà e trasparenza, alla tutela dei consumatori e allo sviluppo di maggiore innovazione, accrescendo la qualità dei servizi e la competitività economica del prezzo cui vengono forniti.

La tradizionale idea di neutralità della rete, viene ora superata dalla normativa europea in ossequio alla necessità di garantire sempre e comunque la tutela dei diritti fondamentali della persona umana, assicurando lo sviluppo di una tecnologia regolata in maniera tale da essere idonea a rispettare i diritti, come la dignità personale⁶⁹². I principi fondanti la regolazione promossa in seno all'area UE, destinata alla diretta applicazione solo negli Stati membri, si ritiene abbiano caratteristiche tali da far assurgere il regolamento stesso a potenziale modello per la realizzazione di normative di settore a livello internazionale, ove ancora mancano.

Ciò detto, è proprio di diritti connessi allo spazio digitale che si andrà a trattare nel prossimo capitolo, incentrato sull'*enforcement* legato al diritto all'informazione, presupposto necessario e imprescindibile per garantire un libero e consapevole esercizio di tutti gli altri diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione nazionale e dalla carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁶⁹¹ in proposito, artt. 46, 47, 48 e 49 del Regolamento 2022/1925/UE

⁶⁹² S. Braschi, *Il nuovo Regolamento europeo sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli internet service provider?*, in *Diritto penale e processo*, 3, 1 marzo 2023

Capitolo III: L' *enforcement* avverso la disinformazione

Sommario: **1. La disinformazione e lo Stato di diritto**; 1.1 La libertà di manifestazione del pensiero e i suoi limiti; 1.2 Il diritto di accesso a internet; 1.3 L'AGCOM- l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il *public enforcement*; 1.3.1 Il principio del pluralismo e altri principi generali; 1.3.2 La disinformazione ai tempi del COVID-19; **2. Gli interventi europei avverso il problema informativo**; 2.1 La direttiva 2000/31/CE e il suo recepimento; 2.1.1 Le piattaforme online, la loro responsabilità e il *private enforcement*; 2.2 La *soft law*; 2.3 Uno spazio digitale sicuro; 2.3.1 Il *Digital Services Act*; **3. La disinformazione nell'era dell'intelligenza artificiale**; 3.1 La nuova versione di ChatGPT: la disinformazione ai suoi massimi livelli; 3.2 La proposta di Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale; 3.2.1 I sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio; 3.2.2 L'orientamento generale del Consiglio sulla proposta di regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale: ora voce al Parlamento Europeo

1. La disinformazione e lo Stato di diritto

Disinformazione comporta assenza e negazione di consapevolezza, indica la condotta di chi diffonda intenzionalmente notizie non veritiere⁶⁹³, allo scopo di influenzare, disorientare, deviare, fuorviare la libera autodeterminazione dei destinatari.

Come noto, quella all'informazione è una libertà fondamentale⁶⁹⁴, necessaria affinché non si svuoti di significato il riconoscimento di qualunque diritto o libertà sia in capo agli uomini. L'esercizio di ognuno di questi diritti, infatti, perché possa dirsi effettivo, deve essere libero, libertà che viene inevitabilmente a mancare ove sia indirizzata dall'intrusione dolosa di chi voglia deviarla verso una direzione altra rispetto a quella voluta dal suo titolare, facendo a quest'ultimo credere il contrario. È per questo che il concetto di disinformazione non può essere scisso da quello di consapevolezza, è la consapevolezza, discendente da un'informazione corretta, leale, pura, neutrale che consente una scelta libera, scevra da condizionamenti e ingerenze illecite.

Il fenomeno della disinformazione, come quello di mis-informazione e mal-informazione, si fa risalire alla figura del cosiddetto "*information disorder*"⁶⁹⁵, effetto collaterale complesso e peculiare dell'evoluzione tecnologica e comunicativa tipica della società moderna, in cui la ricchezza delle fonti, la difficoltà di provare la credibilità nonché l'autorevolezza della sorgente informativa cui si

⁶⁹³ *Dizionario Treccani, voce Disinformazione*: "diffusione intenzionale di notizie o informazione inesatte o distorte allo scopo di influenzare le azioni e le scelte di qualcuno".

<https://www.treccani.it/vocabolario/disinformazione/#:~:text=%2D%20%5Bmancanza%20o%20scarsit%C3%A0%20d%20elezioni%3B%20oggi%20la%20d>

⁶⁹⁴ Sancita dall'art. 11 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea

⁶⁹⁵ A proposito del "information disorder": C. Wardle e H. Derakhshan: "information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making", published by the Council of Europe, 27 settembre 2017
<https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>

attinge, la facilità di veicolazione su vasta scala di conoscenze e idee di qualsiasi genere, principalmente grazie alla rete internet e ai social media, contribuisce alla manipolazione di una serie di informazione più o meno rilevanti, più o meno impattanti sulla coscienza sociale. Tutto ciò è anche frutto di una significativa modificazione nella maniera attraverso cui le notizie e le informazioni sono prodotte e divulgate. Si è, infatti, passati da un modello verticale, in cui un unico soggetto era produttore di informazioni destinate a una vasta platea di consumatori, assolutamente estranea alla sua divulgazione e priva della possibilità di contribuirvi, a un modello orizzontale, in cui ogni utente diviene contemporaneamente produttore e fruitore delle notizie divulgate. Tale ultimo modello è realizzato e promosso soprattutto in ragione dell'evoluzione tecnologica connessa allo sviluppo delle piattaforme di social network⁶⁹⁶.

Il disordine informativo, come detto, comprende non solo disinformazione, ma anche misinformazione e mal-informazione. In proposito, si deve precisare la peculiarità di ogni concetto e l'autonomia di significato dell'uno rispetto agli altri.

La disinformazione concerne il comportamento dolosamente manipolativo di chi faccia circolare notizie di cui conosce la falsità, create deliberatamente al fine di produrre un danno a un singolo, piuttosto che a un gruppo, a un'organizzazione o a un intero Stato. La divulgazione di notizie che siano anche soggettivamente false non può essere considerata parte della libertà di manifestazione del pensiero tutelata costituzionalmente, ma si pone anzi al di fuori dell'ambito applicativo del dettato costituzionale.

Diversamente, mentre la misinformazione ha a che fare con informazioni che, pur essendo false, al pari di quelle diffuse tramite una condotta che concretizza il concetto di disinformazione, non sono state diffuse o manipolate con intento lesivo; la mal-informazione riguarda notizie fondate sulla verità, che però vengono strumentalizzate al fine di arrecare un danno a una persona, un'organizzazione, ovvero uno Stato⁶⁹⁷.

Nell'ambito della disinformazione si è soliti disquisire di *"fake news"*, una locuzione rappresentativa quanto inflazionata che, però, a dire del rapporto a proposito di *"information disorder"*, mal figurerebbe quello che è in realtà un fenomeno assai diverso da quello cui l'espressione si riferisce. Con *"fake news"*, si esprime un concetto che mal si attaglia alle peculiarità dei fenomeni in discussione, dato il suo volgare uso per indicare una qualsiasi falsa dichiarazione, da chiunque trasmessa e a qualsiasi fine la sua diffusione sia preordinata, comprendendo così anche fenomeni di

⁶⁹⁶ In proposito, C. Valditara, *Fake news: regolamentazione e rimedi*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 2/2021 e G. Riva, *Fake news*, Il Mulino, 2018.

⁶⁹⁷ Queste le definizioni sono state liberamente tradotte da quelle incluse nel rapporto di C. Wardle e H. Derakhshan: *"information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making"*, published by the Council of Europe, 27 settembre 2017 <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>

satira, parodia, pubblicità. *E contrario*, una condotta può sussumersi all'interno della fattispecie di disinformazione solo nella situazione in cui si manipola intenzionalmente una notizia al fine di ledere il destinatario della distorta informazione diffusa.

L'utilizzo delle tecniche manipolative adatte, unite al dolo di arrecare un danno, possono coinvolgere notizie di diversa natura che, in ragione di tale diversità, producono effetti più o meno ampi a seconda della finalità della manipolazione, nonché dei destinatari che si prefigge di raggiungere e di danneggiare.

Il fenomeno disinformativo si associa spesso a una particolare fattispecie di reato, quella della diffamazione, disciplinata dall'art 595 c.p., la quale tutela l'onore e la reputazione individuale di un singolo. Gli strumenti connessi all'*enforcement* volto a scongiurare e rimediare a una tale eventualità attengono alla messa in campo di strumenti tipici dell'ordinamento penale, con la conseguente portata dissuasiva, a monte, e punitiva, a valle, nonché di mezzi afferenti all'*enforcement* privato legati al risarcimento del danno subito in ragione della divulgazione di notizie diffamatorie, lesive della propria personalità. Per ciò che interessa questa trattazione, però, la disinformazione cui si farà riferimento sarà quella perpetrata in lesione sì di diritti soggettivi e della libera autodeterminazione del singolo, ma comportante un danno alla società tutta, in quanto utilizzata come arma mediatica atta a deviare l'esercizio dei diritti fondamentali, quali quelli politici, di cui i singoli sono titolari. In questi casi, il danno non si confina alla sfera giuridica di un singolo ma, data la vastità degli utenti e la larghissima potenzialità di diffusione delle informazioni alterate dal processo di manipolazione, ovviamente in dipendenza dello strumento di comunicazione utilizzato per la diffusione⁶⁹⁸, si riverbera spesso su vasta scala, impattando sulla libera autodeterminazione di intere società⁶⁹⁹.

La concretizzazione effettiva dei diritti di cui ogni uomo è titolare all'interno di uno Stato di diritto è una condizione imprescindibile affinché si realizzi il progetto democratico su cui lo stesso Stato si fonda. La limitazione occulta dei diritti politici, primo tra tutti quello di voto condizionato dalla propagazione di false informazioni idonee ad alterare le opinioni e le convinzioni in ordine ai soggetti o ai partiti *eligendi*, altera la democrazia e devia l'esercizio del potere popolare dai cittadini, verso gli autori della manipolazione informativa. Ciò rende lo strumento della disinformazione un'arma potentissima nell'ambito delle odierne guerre, spesso trascendenti la materialità dei campi di battaglia, combattute attraverso lotte mediatiche, atte ad alterare il comune sentire su argomenti sensibili.

⁶⁹⁸ L'entità, la portata, l'impatto della disinformazione è da valutarsi sulla base della piattaforma attraverso cui la notizia distorta viene diffusa. È innegabile, infatti, che al giorno d'oggi i media e i social abbiano una quantità di utenti molto più vasta rispetto alla carta stampata dei giornali delle diverse testate. Oltre a ciò, ogni piattaforma, ogni social, la tv stessa rispetto alla diffusione in rete, ha un peculiare bacino di utenza sulla base del quale va valutato l'impatto e i riflessi negativi della propagazione della notizia alterata.

⁶⁹⁹ Per un approfondimento sul tema delle categorie di notizie false, si veda: C. Valditara, *op. cit.*

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è di recente pronunciata sulla potenziale pericolosità e dannosità della disinformazione. Nella decisione cui si fa riferimento ha legittimato l'imposizione da parte del Consiglio dell'Unione Europea di misure restrittive nei confronti di un'emittente Russa, finanziata e controllata dal governo della Federazione Russa, divulgatrice di informazioni alterate rispetto ai rapporti tra Russia e Ucraina. Le misure adottate sono state ritenute idonee a circoscrivere l'impatto e a impedire che perduri la propagazione di notizie opportunamente manipolate per incidere sul pensiero, sulla volontà, sull'autodeterminazione dei destinatari⁷⁰⁰. La Corte rileva come gli strumenti messi in atto per diffondere informazioni non veritiere, concretizzando una riverberazione apprezzabile delle notizie e dando vita a un fenomeno che rientra a pieno titolo in quello della disinformazione, fanno parte in tutto e per tutto dell'arsenale idoneo a combattere una guerra moderna, capace di minare alle fondamenta delle società democratiche. Indi per cui, la Corte fa rientrare le misure restrittive del Consiglio nell'alveo delle attività dell'Unione rivolte alla cura di obiettivi di interesse generale, quelli cui è preposta *ex art 3*, paragrafo 1 e 5, TUE⁷⁰¹.

Il caso appena trattato dimostra la compenetrazione, la vicinanza e, a volte, la contrapposizione tra il dovere di ogni Stato, a livello interno come sovranazionale, di riconoscere e tutelare il diritto di ognuno alla libera manifestazione del proprio pensiero, con il dovere altrettanto pregnante di preservare la società da fenomeni disinformativi atti a danneggiare i suoi componenti nell'esercizio dei propri diritti e libertà. Il bilanciamento tra la libertà di manifestazione del pensiero e la limitazione della stessa al fine di preservare la democrazia, non è affatto semplice e, a meno di previsione legislativa che *expressis verbis* perpetri *ex ante* una valutazione in tal senso, fatto salvo un eventuale successivo intervento del giudice delle leggi che scruti l'atto legislativo anche dal punto di vista della ragionevolezza e della proporzionalità, è spesso rimesso a una valutazione casistica che approfondisca le circostanze peculiari del caso concreto al fine di pervenire al più congruo bilanciamento degli interessi in gioco, interessi costituzionalmente tutelati, dei quali nessuno è per sua natura idoneo a prevaricare sempre e comunque sull'altro⁷⁰².

⁷⁰⁰ Si veda in proposito, Sentenza del Tribunale (Grande Sezione) 27 luglio 2022, nel procedimento T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483, punti 55, 56, 88, 125, 162

⁷⁰¹ Riferimento normativo contenuto al punto 162 della sentenza sopra citata, nota n. 6. I paragrafi 1 e 5 dell'art 3 del TUE statuiscono in ordine al dovere dell'Unione Europea di promuovere la pace e il benessere dei suoi popoli, divulgando anche nei rapporti esterni i propri valori affinché contribuisca al mantenimento della pace e della sicurezza nella vita dei suoi cittadini.

⁷⁰² Si veda in proposito la Sentenza della Corte Costituzionale, cit. 85/2013, punto 9 in cui si afferma che nessun diritto costituzionale può essere inteso quale "tiranno". La pronuncia risulta utile in tale circostanza ma è stata, a ragione, profondamente criticata da quella parte della dottrina che preme affinché il giudice delle leggi non si esima dal considerare il carattere della "fondamentalità" assegnato espressamente al diritto alla salute dalla Carta Costituzionale, diritto che era allora bilanciato con quello al lavoro, non insignito della stessa qualifica da parte dei padri costituenti.

In quest'ultimo proposito, D. Morana, *L'effettività del diritto alla salute oltre le Corti: vecchie e nuove questioni*, in Rivista di diritti comparati, fascicolo n. 1, 2022.

Considerato l'inevitabile intreccio del tema della disinformazione con quello della manifestazione libera del proprio pensiero, si andrà ora a trattare di questa libertà e, in particolare, della sua previsione da parte della Costituzione italiana all'art 21.

1.1 La libertà di manifestazione del pensiero e i suoi limiti

La società moderna, con i *pro* e i contro che inevitabilmente qualsiasi fenomeno porta con sé, ha una peculiarità non trascurabile rispetto a tutte le altre epoche storiche, in quanto caratterizzata da un'evoluzione tecnologica senza precedenti, che consente la trasmissione di dati, informazioni, conoscenze e idee in tempi irrisori, senza spese, con anzi il profitto derivante dalle interazioni degli utenti con il contenuto propagandato. Tutto ciò alimenta uno sfrenato sfruttamento di una delle libertà più discusse, più importanti e caratterizzanti dell'esperienza dello Stato democratico: la libertà di manifestazione del pensiero.

La storia, più o meno recente, ha insegnato quanto importante sia riconoscere a ogni uomo il diritto di dire la propria, di pensarla diversamente dalla maggioranza, di diffondere un'idea peculiare, anche se minoritaria o rivoluzionaria rispetto al sentire attuale⁷⁰³.

La libertà in parola non può che essere annoverata tra quelle prerogative tipiche dell'Uomo in quanto tale, capace attraverso il proprio pensiero e la divulgazione dello stesso di emanciparsi da uno stato di torpore, apatia, stallo, per uscire dalla minorità kantiana e rivolgersi verso la luce, data da un costante e stimolante progresso tecnologico e cognitivo, sorgente dell'incessante evoluzione umana⁷⁰⁴.

La libertà di manifestazione del pensiero si esplica prima di tutto come diritto individuale, afferente a ogni uomo⁷⁰⁵. La Corte costituzionale ha avuto modo di qualificarla come "*fondamentale libertà*

⁷⁰³ Solo per fare qualche esempio che tocca direttamente l'esperienza Italiana, si pensi a Galileo Galilei che dovette abdicare per via della destabilizzazione che la sua idea, figlia di quella di Copernico, portava all'interno del mondo Cattolico, da sempre imperniato sull'idea della centralità dell'uomo, centralità che il moto della Terra ha inevitabilmente messo in discussione; a Giordano Bruno che fu punito con il rogo dalla Santa Inquisizione per via del fatto che rifiutò la negazione dei principi fondanti della propria filosofia, attinenti all'affermazione della molteplicità dei mondi, dell'infinità dell'universo derivante all'assunta infinità di Dio, assimilato e coincidente con la natura stessa.

In tempi più recenti, sempre l'esperienza italiana è risultata emblematica al fine di condurre i padri Costituenti a sancire con così grande forza e vigore, all'art 21 dell'attuale carta costituzionale, la libertà di manifestazione del pensiero. In proposito, si ricordi il famigerato rapimento di Giacomo Matteotti, vittima del periodo fascista, rapito e ucciso per ordine di Mussolini a causa della sua aperta denuncia contro le violenze e i misfatti politici ed elettorali perpetrati dal nascente regime fascista.

⁷⁰⁴ I Molti filosofi illuministi, abbagliati dalla meravigliosa luce data dalla ragione, sostennero l'importanza della libera divulgazione delle opinioni quale fonte indispensabile per l'emancipazione e l'evoluzione dell'uomo. Tra questi, anche I. Kant, che in una famigerata espressione affermò che: "L'illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità quale è da imputare a se stesso. Minorità è l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro", *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, 1784.

⁷⁰⁵ I lavori preparatori dell'art. 21 in seno all'assemblea Costituente testimoniano come gli Onorevoli dessero fortissima importanza alla statuizione in ordine alla libertà come libertà afferente a ogni uomo, permettendo così di qualificarla prima in senso individuale, senza mai negare la possibilità di un esercizio collettivo.

*individuale*⁷⁰⁶. Ciò non toglie che sia imprescindibile riconoscere la sua esplicazione da parte di una collettività, quale esercizio di un diritto inviolabile dell'uomo nelle formazioni sociali⁷⁰⁷, che consente l'espressione, la divulgazione di interessi e ragioni superindividuali. È oggi acclarato, dunque, che la libertà in parola vada intesa quale elemento essenziale per lo sviluppo e la concretizzazione dell'ordinamento democratico, nella sua dimensione sia individuale che collettiva, poiché delinea un diritto “*al contempo individuale e sociale*”⁷⁰⁸, passibile di un esercizio strettamente legato alla personalità dell'individuo come di una esplicazione che veda un singolo, o un gruppo, farsi carico dell'espressione di un'idea che trascende le loro personalità in senso stretto, afferendosi a una collettività più o meno ampia.

La libertà di manifestazione del pensiero è riconosciuta, oltre che dall'art 21 della Costituzione italiana, anche da numerose fonti sovranazionali e internazionali. Tra queste, si ricordano la Dichiarazione universale dei diritti umani, che statuisce *ex art 19* il diritto di ogni individuo alla “libertà di opinione e di espressione”⁷⁰⁹, l'art 10 CEDU che tutela la “libertà di espressione” quale diritto di ogni uomo di esprimere le proprie idee, nonché di ricevere e comunicare informazioni senza subire l'ingerenza di autorità pubbliche⁷¹⁰ e la CDFUE, che *ex art. 11* sancisce la “libertà di espressione e d'informazione”⁷¹¹. Il diffuso riconoscimento di tale libertà da parte delle fonti menzionate non fonda una prerogativa fine a se stessa, ma una libertà fondamentale avente un carattere assai concreto e pregnante negli odierni Stati democratici occidentali.

All'interno del *genus* cui afferisce l'ampio concetto di pensiero, la libertà in parola concerne qualsiasi espressione riconducibile all'uomo, di qualsiasi natura e in qualunque forma sia espressa. Ha a che fare con la libertà di religione e di culto⁷¹², con l'espressione artistica, con la libertà di cronaca e con

⁷⁰⁶ Corte costituzionale 21-25 maggio 1987, n.196, punto 3 considerato in diritto

⁷⁰⁷ La corte costituzionale, in proposito, ha affermato che “non vi è dubbio che la forma collettiva di manifestazione del pensiero sia garantita dall'art 21 Costituzione. come essenziale alla libertà di cui si tratta. Ciò in quanto, la forma collettiva (e così quella individuale in rappresentanza collettiva che in essa è compresa) è necessaria al fine di dar corpo e voce ai movimenti di opinione concernenti interessi superindividuali” (Corte Costituzionale, 29 aprile 1985, n. 126, punto 4 considerato in diritto).

⁷⁰⁸ Così definito dall'ordinanza di rimessione 11 marzo 2021 del Tribunale di Sassari, definizione avallata dalla Corte costituzionale al punto 2 “considerato in diritto”, nella sentenza depositata il 12 gennaio 2023, n. 2.

⁷⁰⁹ L'art. 19 della dichiarazione universale dei diritti umani (1948), include nella libertà di opinione ed espressione anche “il diritto a non essere molestati per la propria opinione nonché quello di cercare, ricevere e diffondere informazioni e idee attraverso ogni mezzo e senza riguardo a frontiere”

⁷¹⁰ L'art. 10 CEDU dispone, al paragrafo 1, primo periodo, 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”.

⁷¹¹ L'art. 11 CDFUE, paragrafo 1, 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”. Come si evince dalla lettera della disposizione, essa ripropone in tutto in e per tutto quanto già scritto in seno alla CEDU.

⁷¹² L'assemblea Costituente aveva approvato l'art 21 con un incipit che così era formulato: “ogni uomo ha diritto alla libera professione delle proprie idee e convinzioni, alla libera e pian esplicazione della propria vita religiosa, interiore ed esteriore, alla libera manifestazione, individuale e associata, della propria fede, alla propaganda della stessa, al libero esercizio, privato e pubblico, del proprio culto, purchè non si tratti di religione o di culto implicante principi o riti contrari all'ordine pubblico o al buon costume”, approvato il 19 dicembre 1946

le manifestazioni concrete ed esteriori della propria personalità, qualunque inclinazione essa abbia a livello politico, sociale, culturale, sessuale. La libera divulgazione di opinioni proprie, diverse, contrastanti, anche se prive di fondamento, consente l'espressione e la coesistenza di culture, tradizioni, idee eterogenee, a volte divergenti, ma comunque imprescindibili ai fini della realizzazione di una società improntata al pluralismo etnico, sociale, culturale su cui si fondano i moderni Stati di diritto.

Oggi, infatti, lo Stato, più che tollerare, riconosce, rispetta, ama le diversità e le promuove all'insegna della contaminazione reciproca rivolta all'evoluzione, alla crescita, all'emancipazione da schemi prefissati e limiti autoindotti che minano alla concreta formazione di un mondo globalizzato. La vera globalizzazione non è tanto quella economica, ma piuttosto quella rivolta alla realizzazione di una società globale, in cui si riconosca l'unicità dell'Uomo e ci si lasci stupire da ogni tipo di diversità, nella consapevolezza che l'Uomo è sempre Uomo, con la propria individualità, le proprie tradizioni e caratteristiche peculiari, fisiche come culturali, senza che ciò mini all'uguaglianza, ma sia solo stimolo alla vicendevole conoscenza.

A suffragio dei vantaggi umani e politici derivanti dalla contaminazione tra diverse culture, bisogna ricordare che la stessa Unione Europea si fonda su un'idea di cooperazione, cooperazione che non potrebbe esistere ove non si fossero riconosciute e rispettate, in passato per la formazione e oggi per l'evoluzione e l'investimento in un progetto europeo, le diversità e le peculiarità di ogni Stato membro.

Pluralismo è diversità, è cosmopolitismo, è contaminazione tra culture, tradizioni, idee e pensieri differenti, anche contrastati, tutti riconosciuti quali parte del pensiero critico di ogni essere umano e, per questo, non solo oggetto del diritto a essere elaborati intimamente quali semplici pensieri, ma anche della libertà di manifestarli all'esterno.

Nella società odierna, il pluralismo si esprime, si amplifica, emerge soprattutto attraverso i principali canali di comunicazione e di diffusione delle informazioni, rappresentati dalla televisione, dai social media, dalle piattaforme digitali e, sebbene in maniera diversa e con un diverso impatto rispetto al passato, anche dalla stampa, non più davvero su carta ma spesso pubblicata in seno ai siti internet dei giornali di riferimento.

Ciò posto, è bene ora esaminare più compiutamente e analiticamente la forma e il contenuto della libertà disciplinata *ex art 21* della costituzione italiana.

Essa è definita dalla giurisprudenza costituzionale come “*pietra angolare dell'ordine democratico*”⁷¹³, parte dei diritti inviolabili dell'uomo, probabilmente il più alto tra i diritti

⁷¹³ Corte Costituzionale, 2 aprile 1969, n. 84, considerato in diritto, punto 5

fondamentali e primari regolati in costituzione⁷¹⁴ in quanto concorre alla realizzazione del principio democratico su cui la Repubblica italiana si fonda *ex art. 1* della costituzione⁷¹⁵ e risulta “*coessenziale al regime di libertà garantito dalla Costituzione*”, per cui insopprimibile, se non in ragione di un parimenti importante interesse Costituzionalmente tutelato⁷¹⁶.

La disposizione costituzionale, in quanto atta a tutelare una libertà, salvaguarda non solo l’esercizio positivo della stessa, realizzato mediante l’effettiva espressione del proprio pensiero, ma anche quello negativo, perpetrato astenendosi dall’esternazione della propria opinione. A sua volta, l’esercizio positivo si sdoppia in due dimensioni: la dimensione attiva, costituita dalla divulgazione del proprio pensiero; e la dimensione passiva, attinente al diritto a essere informati⁷¹⁷ e poter fruire di notizie atte ad accrescere il proprio bagaglio conoscitivo in ordine a un determinato tema.

Alla dimensione attiva e passiva della libertà in questione, si aggiunge quella riflessiva⁷¹⁸, considerata quale libertà di attivarsi al fine di ricercare e ottenere informazioni non spontaneamente divulgate da altri. L’aspetto riflessivo della libertà in questione si dipana principalmente con riguardo alle notizie detenute dalle pubbliche amministrazioni⁷¹⁹. Quest’ultima dimensione, si rivela invero strumentale, funzionale, utile all’esercizio attivo, in quanto la ricerca di informazioni risulta attività necessariamente propedeutica, almeno in senso logico, rispetto a quella della divulgazione delle proprie idee in proposito⁷²⁰. Lo Stato non può che favorire e promuovere tale attività di ricerca al fine di incentivare la formazione di una coscienza critica in ogni cittadino. Solo tale sviluppo, imprescindibile per la compiuta formazione della persona umana, che lo Stato ha il dovere di promuovere e agevolare in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale, può condurre a espressioni consapevoli e fondate, di certo scarse nella società digitale, in cui l’exasperazione della libertà di opinione porta tutti a disquisire su qualsiasi tema, anche quelli di cui poco si conosce, contribuendo alla diffusione e all’incremento di notizie contraddittorie, poco autorevoli e devianti,

⁷¹⁴ Corte Costituzionale, 5 luglio 1971, n. 168, punto 3 “considerato in diritto”

⁷¹⁵ Tale art. recita: “L’Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”. La realizzazione del principio democratico anche grazie al riconoscimento della libertà di manifestazione del pensiero è di recente stata affrontata dal Tribunale di Roma, sez. XVIII, 14 dicembre 2022, n. 18412, punto 2, motivi della decisione.

⁷¹⁶ Corte Costituzionale, 23 marzo 1968, n. 11, punto 3 “considerato in diritto”

⁷¹⁷ A proposito dell’esplicito riconoscimento del diritto a essere informati si vedano: Corte costituzionale 202/1976, 148/1981, 826/1988, richiamate dal punto 7 “considerato in diritto” della sentenza della Corte depositata il 26 marzo 1992, n. 112.

⁷¹⁸ Definizione di G. Gardini, *Le regole dell’informazione*, Giappichelli, 2021 secondo cui la libertà di manifestazione del pensiero, in senso riflessivo, consente al titolare di andare alla ricerca delle informazioni su cui vuole indagare allo scopo di conoscerle, citato da F. Porcu, *Sequestro probatorio e segreto giornalistico: crocevia fra processo penale e informazione*, in *Diritto penale e processo*, 5/2015.

⁷¹⁹ A tal riguardo si veda, G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all’informazione amministrativa?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, nn. 8-9/2014, p. 875. Lo scritto nasce dalla volontà di commentare la novità normativa costituita dal d.lgs. 14 marzo 2013 n. 33.

⁷²⁰ In proposito, ancora G. Gardini, *op. cit.*

soprattutto in ragione della scarsa esposizione di ogni fonte a ricerche e verifiche da parte degli utenti in ordine all'attendibilità della stessa.

Ciò detto, la Carta costituzionale non tutela espressamente né la dimensione passiva né, tantomeno, quella riflessiva, che risultano però irrinunciabili corollari alla dimensione attiva della stessa libertà da cui partirà l'analisi che segue.

A tale proposito, è da evidenziare che la Costituzione regola *expressis verbis* unicamente l'ipotesi di un esercizio attivo della libertà, garantendo a tutti la facoltà di un'esternazione effettiva di ciò che si ritiene di divulgare, attraverso qualsiasi "mezzo di diffusione"⁷²¹. A tale proposito, l'art 21 della Costituzione italiana, data l'assenza di un intervento riformatore successivo all'entrata in vigore della Carta costituzionale⁷²², non prende in considerazione i più moderni strumenti di divulgazione del pensiero, regolando in particolare la diffusione a mezzo stampa, una stampa che, con la nascita della Repubblica, si emancipava dal serrato controllo del regime fascista⁷²³ e si riapriva a un esercizio libero e democratico dell'attività giornalistica. La menzione al primo comma, però, di "ogni altro mezzo di diffusione" diverso da scritto e parola, sebbene allora non sia stato pensato per una società digitale che era impronosticabile, rende la dicitura della disposizione aperta a interpretazioni evolutive in grado di attualizzare la nozione e di far ivi rientrare con facilità la divulgazione del pensiero anche attraverso la rete internet, i social media, le piattaforme digitali. Questi strumenti di diffusione informativa, infatti, non possono che essere annoverati tra i principali mezzi attraverso cui, nella società moderna, gli uomini esercitano il diritto di libertà sancito dalla Costituzione⁷²⁴.

In ragione dell'importanza oggi rivestita dal mondo virtuale, nato a partire dalla realizzazione della rete, è assolutamente necessario assicurare che questo sia il più possibile sicuro e impermeabile rispetto alla realizzazione ivi perpetrata di qualunque delitto avverso i diritti altrui, di qualsiasi illegittima intrusione nell'esercizio di libertà d'altri, di qualsivoglia comportamento inappropriato che apra la strada a un bilanciamento a scapito della libertà di espressione lì esercitata.

È importante evidenziare, a questo proposito, che la natura di libertà della manifestazione del pensiero, non solo consente a chiunque lo voglia di informare gli altri rispetto al tenore di ciò che pensa, nonché di rimanere in silenzio⁷²⁵, ma anche di pretendere l'astensione di chiunque, anche delle

⁷²¹ Costituzione, art. 21, comma 1.

⁷²² La Costituzione Italiana è entrata in vigore il primo giorno dell'anno 1948.

⁷²³ Definito "tirannide" dall'On. Laconi durante la riunione dell'Assemblea Costituente del 5 marzo 1947

⁷²⁴ Corte costituzionale, nella sentenza n. 150/2021, annovera internet e i social media tra gli spazi idonei alla diffusione di notizie false, anche inerenti a discorsi d'odio o incitazioni alla violenza, tali da concorrere alla concretizzazione della fattispecie di diffamazione.

⁷²⁵ In una risalente sentenza, la Corte costituzionale ammette che dall'art 21 discende anche il diritto di non rivelare le proprie convinzioni, diritto che impone di preservare i cittadini da ogni tipo di coercizione in ordine all'espressione del proprio pensiero (Corte Costituzionale, 27 gennaio 1972, n. 12, punto 2 considerato in diritto).

Sulla stessa linea il Tribunale di Roma, il quale asserisce che l'esercizio della libera manifestazione del pensiero, proprio in quanto libero, deve anche essere volontario, essendo dunque ammesso non solo un esercizio positivo, ma anche negativo, il quale si esprime attraverso il silenzio dell'interessato. (Tribunale di Roma, 2 maggio 1987):

autorità pubbliche, dall'ingerenza nel privato esercizio di questo diritto, faticosamente conquistato dalle generazioni precedenti.

Ciò posto, come detto, considerata la recente ed esponenziale evoluzione tecnologica e implementazione della realtà virtuale, realtà in cui risulta, appunto, ancora più semplice e veloce esprimere la propria idea su qualunque argomento di discussione, è indubbio che la rete e i mezzi di diffusione connessi siano da considerarsi a pieno titolo strumenti di divulgazione delle idee di ognuno⁷²⁶. Proprio la facilità e l'ampiezza di utenti legati alla fruizione di internet, gli strumenti afferenti alla rete, sebbene forieri della più ampia possibilità di divulgazione del proprio pensiero mai realizzata, contribuendo alla realizzazione del processo di “*democrazia digitale*”⁷²⁷, hanno una portata e un riflesso talmente ampio da non rendere iperbolici solo gli effetti positivi, ma anche quelli negativi, legati per esempio alla lesione a carico della vita privata o della reputazione, costituenti chiari limiti alla divulgazione di opinioni inerenti a determinati soggetti, e quindi confine insuperabile all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, da bilanciare caso per caso con i diversi interessi con cui è entrata in conflitto⁷²⁸.

Il bilanciamento, in questo come in ogni altro ambito in cui emerge il conflitto, o anche solo la parziale sovrapposizione che crea un'impossibilità di conciliazione tra diritti e libertà di rango costituzionale, sia che derivino direttamente dalla costituzione italiana, sia che derivino dall'adesione a trattati internazionale o che siano stati elaborati in seno all'UE, diventa un elemento cardine, imprescindibile e irrinunciabile. Solo esaminando compiutamente le circostanze di ogni caso concreto, infatti, è possibile assegnare, di volta in volta, la giusta dignità, il giusto peso e, semmai, un'appropriata prevalenza a un diritto costituzionalmente tutelato rispetto a un altro. In quest'ambito risulta fondamentale il lavoro dell'interprete, che deve considerare tutte le possibili implicazioni alla luce della normativa nazionale, ma anche dei principi internazionali, al fine di procedere a una corretta composizione degli interessi in gioco. Se è vero che la libertà di manifestazione del pensiero è “*pietra*

<https://onelegale.wolterskluwer.it/document/tribunale-roma-02-05-1987/44MA0000182144?searchId=817318845&pathId=7b40c257f3511&offset=0&contentModuleContext=all>

⁷²⁶ La giurisprudenza recente si occupa sempre più, a tutti i livelli, di bilanciare la libertà di manifestazione del pensiero con altri diritti costituzionalmente rilevanti, come quello alla privacy, alla vita privata e familiare per dirla con l'art 8 CEDU. In proposito si può fare riferimento a Corte costituzionale, 12 luglio 2021, n. 150

⁷²⁷ Il concetto di Democrazia digitale attiene allo sfruttamento delle tecnologie dell'informazione ai fini della partecipazione attiva alla vita politica del Paese. Concetto antecedente rispetto all'anglosassone e-democracy che fa riferimento alla possibilità per i cittadini di partecipare all'attività delle amministrazioni pubbliche e ai loro processi decisionali. Di democrazia e cittadinanza digitale si è occupato S. Rodotà, nel saggio intitolato “Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli”, Laterza, 2014

⁷²⁸ La Corte costituzionale ha affermato che, nonostante l'importanza della libertà di manifestazione del pensiero, non può essere eccessivamente compresso un altro diritto fondamentale, quello alla reputazione individuale, quale diritto inviolabile afferente anche alla dignità della persona (Corte Costituzionale, 150/2021, punto 6.2 del considerato in diritto); allo stesso modo, la Corte EDU si è spesso pronunciata sulla correttezza o meno del bilanciamento tra libertà di espressione e tutela della vita privata e familiare, giudicando l'operato del giudice nazionale così da scongiurare una violazione a carico dell'art 8 o 10 CEDU, rispettivamente posti a salvaguardia di vita privata e familiare e libertà di espressione (*ex multis*, Corte EDU, Sez. I, 14 gennaio 2016, n. 34376/13)

*angolare dell'ordinamento democratico*⁷²⁹, non può comunque essere trascurata un'altra verità, quella per cui il rapporto tra questo e altri diritti afferenti al rango costituzionale non può sfociare in una aprioristica assunzione di prevalenza dell'uno rispetto all'altro, dovendo sempre procedersi a un'attenta analisi delle circostanze, dalla quale ricavare la risposta più congrua e, quindi, conferire il giusto grado di importanza a ogni interesse, e procedere alla risoluzione dell'antinomia.

Ciò detto, va ora presa in analisi, nell'ambito della poliedricità e polivalenza propria della libertà di manifestazione del pensiero, la sua dimensione passiva, quella attinente al diritto a essere informati che molto si lega al problema della disinformazione. Questo è di certo, oggi, l'aspetto di pregnante e urgente da affrontare al fine di perseguire l'obiettivo di scongiurare la diffusione di notizie manipolate con il preciso intento di ledere gli interessi e i valori tutelati dal riconoscimento del diritto, fondamentali per lo sviluppo e la concretizzazione di una società democratica, che promuova e incentivi una consapevole partecipazione ai dibattiti pubblici, nonché un ponderato e un informato esercizio dei propri diritti.

L'art 21 della Costituzione, nonostante la sua amplissima formulazione e la sua portata enormemente garantista, non si premura di tutelare la diffusione di notizie che siano anche soggettivamente false, ossia quelle ritenute dallo stesso individuo autore della divulgazione come non veritiere. Da qui deriva la legittimità costituzionale delle disposizioni penali che fanno assurgere a comportamenti penalmente rilevanti quelli di chi, manipolando intenzionalmente una notizia falsa, leda un interesse altro e diverso rispetto a quello della verità *ex se* considerata, come la reputazione individuale, la privacy, il rispetto della vita privata e familiare. A questo proposito, è bene soffermarsi brevemente sul concetto di verità e sulla sua rilevanza in seno a Stati democratici.

È innegabile che l'agire dei regimi totalitari è sempre andato nel senso di occultare le verità storiche, politiche ed economiche, reprimendo anzi chiunque si facesse portatore delle stesse, al fine di non intaccare la propria forza e il proprio potere demagogico, messo in atto per evitare disordini potenziali causati dall'assunzione di consapevolezza. Valore contrario dovrebbe essere quello promosso da parte di uno Stato Costituzionale, fondato sul riconoscimento di diritti, valori, interessi che necessariamente incentivano la consapevolezza e la libera formazione di un pensiero critico che, soprattutto la dimensione passiva della libertà di espressione, intesa quale diritto di essere informati, contribuisce a delineare⁷³⁰.

⁷²⁹ Corte Costituzionale, 2 aprile 1969, n. 84, considerato in diritto, punto 5

⁷³⁰ Petr Häberle ritenne la ricerca della verità uno degli obiettivi ultimi che uno stato costituzionale dovesse prefiggersi, in quanto a seguito delle esperienze totalitarie, del tutto antitetico, uno Stato democratico non può che considerare la verità *ex se* intesa quale valore culturale imprescindibile per il suo sviluppo e la sua formazione. Tale affermazione si pone in netta contrapposizione con l'idea hobbesiana secondo cui "auctoritas non veritas facit legem", come riportato da M. Galimberti, *La disinformazione: profili regolatori e policy*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4/2021, pp. 251 ss.

Il fenomeno della disinformazione fa quindi emergere una parte dei limiti afferenti all'esercizio della libertà di espressione, in qualunque forma divulgata, con requisiti però più stringenti per l'attività giornalistica.

È da precisare che, l'art 21 della Costituzione indica quali unici limiti quelli dell'ordine pubblico e del buon costume, clausole generali da interpretarsi in ragione della morale, dei costumi, della cultura attuale. Nonostante ciò, tali limiti si riferiscono al puro esercizio della libertà in quanto tale, senza considerazioni in merito al suo rapporto con altri e, altrettanto importanti, valori costituzionali da tutelare. La Corte costituzionale ha più volte precisato⁷³¹ che il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero fa parte dei diritti inviolabili di ogni Uomo, inattaccabile se non per ragioni legate a interessi parimenti costituzionali. Ora, bisogna capire quali effettivamente siano i limiti di cui può soffrire. Si è già detto, in proposito, quanto importante sia il ruolo svolto dall'operazione di bilanciamento caso per caso tra i diversi valori in gioco, ma emerge qui un altro aspetto, quello delle limitazioni che subisce la libertà proprio in ragione dell'esistenza di ulteriori diritti individuali, quale quello a essere informati, stante sul lato opposto della medaglia della stessa libertà che, però, può in taluni casi esserne anche un argine. L'informazione, infatti, sia dal punto di vista attivo, libertà di informare, che da quello passivo, diritto a essere informati, costituisce elemento imprescindibile per la realizzazione, a tutti i livelli, del progetto democratico⁷³². Il diritto all'informazione, un'informazione che sia corretta, pura, veritiera o, almeno, mai soggettivamente falsa e manipolata con il preciso intento di alterare e sacrificare il diritto suddetto, può senz'altro limitare l'esercizio della libertà di opinione che, né a livello nazionale né internazionale, tutela anche la divulgazione di notizie volutamente false.

Il diritto a essere informati è molto legato a una particolare *species* della libertà di manifestazione del pensiero, ossia la libertà di stampa e il diritto di cronaca.

La libertà di stampa, l'aspetto più approfondito da parte del testo costituzionale, è stata oggetto di innumerevoli pronunce giurisprudenziali, nonché di dissertazioni dottrinarie, in ordine alle modalità, ai limiti, all'ampiezza da assegnare alla stessa. Nella delineazione della disciplina costituzionale, si evidenziò l'importanza della stampa, il suo valore educativo, la sua preminente importanza all'interno della vita sociale. Riconosciuto il fondamentale apporto della stampa alla vita democratica dei cittadini, si sottolinea la necessità che l'esercizio di una tale libertà sia affidato a persone "*probe e incorrotte, che abbiano un alto senso di responsabilità, un alto senso del dovere*"⁷³³. In virtù della necessità di tutelare, sempre e comunque, che l'esercizio della libertà di stampa e il legato diritto di cronaca non leda irrimediabilmente la dignità della persona, valore irrinunciabile all'interno di uno

⁷³¹ *Ex multis*, Corte costituzionale, 4 febbraio 1965, n. 9 pioniera in materia

⁷³² Corte costituzionale, 1 agosto 1990, n. 348, punto 2 "considerato in diritto"

⁷³³ Così l'On. Damiani, durante la discussione dell'8 marzo 1947

Stato democratico fondato sulla centralità dell'individuo e sulla salvaguardia dei suoi diritti inviolabili, la legge ordinaria deve assicurare che la stampa “*nutrisca lo spirito del popolo, ma non lo avveleni*”⁷³⁴.

Ciò posto, al fine di preservare la caratteristica nobiltà dell'esercizio della libertà di stampa, osannata in seno all'Assemblea Costituente, la legge ordinaria dello Stato ha previsto l'istituzione di un albo dei giornalisti, l'iscrizione al quale risulta imprescindibile e propedeutica affinché il soggetto sia legittimato all'uso del titolo e all'esercizio della professione giornalistica. Tale previsione, contenuta nella legge n. 69 del 1963⁷³⁵, è stata oggetto di discussioni in merito alla sua potenziale illegittimità costituzionale derivante dalla limitazione all'espressione del proprio pensiero, a tutti riconosciuto dall'art 21 della costituzione. Il dubbio di costituzionalità venne presto risolto dal giudice delle leggi il quale, nell'affrontare la questione di legittimità, evidenzia in primo luogo che l'opportunità dell'istituzione di un tale ordine non può essere da esso valutata in quanto rientrate a pieno titolo nello spazio di discrezionalità di cui dispone il legislatore parlamentare, per poi chiarire che l'ordine non pregiudica affatto il diritto di ognuno di esprimersi liberamente, anche attraverso la divulgazione delle proprie idee mediante il giornale, ma solo limita l'uso del titolo e l'esercizio dell'attività giornalistica⁷³⁶. Codesta limitazione deve essere intesa quale presidio all'esercizio del diritto di cronaca, non solo nei riguardi della dignità umana, tutelata dalle apposite disposizioni dell'ordinamento penale che puniscono coloro i quali pongano in essere condotte delittuose a mezzo stampa, ma anche con riguardo alla necessità di salvaguardare l'appropriatezza e l'autorevolezza delle fonti atte a soddisfare il diritto degli utenti a essere informati. Per questa ragione, il diritto di cronaca si ritiene legittimamente esercitato, anche ove le notizie riportate risultino poi essere non veritiere rispetto alla realtà dei fatti, ove il professionista abbia accertato diligentemente i fatti che divulga, esponga gli stessi senza incorrere nella concretizzazione di fattispecie penali, quali ad esempio la diffamazione del soggetto di cui trattasi, e la notizia rivesta un'importanza tale da assurgere a notizia di interesse pubblico.

Ciò posto, altra limitazione all'esercizio della libertà di stampa sta nello scongiurare l'eventuale formazione di fattispecie di reato, quale la diffamazione. A tal proposito, nel dibattito inerente all'importanza della libertà di stampa, si è inserita anche la giurisprudenza della Corte EDU, la quale si è più volte pronunciata in ordine al rapporto di straordinaria strumentalità e coesistenzialità che lega la stampa alla democrazia, asserendo che la prima agisca quale “*cane da guardia*” dell'ultima⁷³⁷. Tale rapporto, in ragione della duplice natura afferente all'esercizio della libertà di stampa, che

⁷³⁴ L'On. Damiani, come nella nota precedente

⁷³⁵ L. 3 febbraio 1963 n. 69, ordinamento della professione di giornalista che, all'art. 1, istituisce l'ordine dei giornalisti.

⁷³⁶ Corte costituzionale, 21 marzo 1968, n. 11, punto 4 “considerato in diritto”

⁷³⁷ Corte EDU, 27 marzo 1996, Goodwin contro Regno Unito, paragrafo 39

contemporaneamente è specchio dell'esercizio della libertà di espressione nonché strumento attraverso cui soddisfare il proprio diritto a essere informati, impone di evitare che gli ordinamenti penali statali risultino troppo severi nel punire la diffamazione commessa a mezzo stampa da parte di esercenti attività giornalistica, per evitare che il fondamentale ruolo da questi giocato nella società democratica si riduca a un esercizio meramente difensivo del diritto di cronaca, discostandosi dalla essenziale finalità di divulgare informazioni tra i destinatari⁷³⁸.

Il reato di diffamazione a mezzo stampa, regolato *ex art* 13 della L. 47/1948, è stato oggetto di una recente pronuncia del giudice delle leggi, il quale ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art suddetto. La Corte costituzionale ha rilevato l'incompatibilità dell'aggravante al reato di diffamazione prevista dalla disposizione, con la tutela della libertà di espressione, nella sua particolare *species* consistente nella libertà di stampa. Ove, infatti, venisse a concretizzarsi a mezzo stampa la fattispecie diffamatoria, ferma restando la necessaria sussistenza dell'elemento dato dall'attribuzione al soggetto eventualmente diffamato di un fatto determinato, la disposizione citata prevedrebbe il cumulo della pena detentiva e della pena pecuniaria, senza lasciare spazio a una irrogazione alternativa delle due da parte del giudice penale, a meno di un concorso di attenuanti specifiche o generiche, di importanza almeno equivalente rispetto all'aggravante prevista dalla norma in parola. La necessaria applicazione della pena detentiva, come già accennato, comporterebbe una sproporzionata ingerenza delle autorità pubbliche nell'esercizio della libertà di espressione, cosa che conseguentemente produrrebbe anche l'effetto di incutere timore nei confronti degli esercenti la professione giornalistica, inducendoli probabilmente a rinunciare al controllo sull'esercizio dei pubblici poteri e informare i destinatari a riguardo⁷³⁹.

⁷³⁸ La Corte Costituzionale, ordinanza 1 luglio 2020, n. 132, punti 6.1 e 6.2 “considerato in diritto”. Ivi si ricorda come costante giurisprudenza della Corte EDU abbia delegittimato la punizione detentiva a carico di giornalisti che si fossero macchiati di diffamazione nell'esercizio della libertà di stampa, in quanto ritenuta eccessivamente afflittiva, in quanto pur riconoscendo la correttezza della previsione di una potenziale responsabilità penale dei professionisti in questione, l'inflizione di una pena detentiva risulta una sproporzionata ingerenza delle autorità pubbliche nell'esercizio della loro libertà di espressione (Corte EDU, grande camera, 17 dicembre 2004 Cumpănă e Mazăre contro Romania; 6 dicembre 2007, Katrami contro Grecia; 24 settembre 2013 Belpietro contro Italia; 7 marzo 2019, Sallusti contro Italia).

⁷³⁹ A questo proposito, il punto 4.2 “considerato in diritto” della sentenza 150/2021, richiama quanto già asserito nell'ordinanza 132/2020. La sentenza in questione tratta congiuntamente due ordinanze di rimessione, riunite tramite l'ordinanza citata, Ordinanza 9 aprile 2019 del tribunale di Salerno e l'ordinanza 16 aprile 2019 del tribunale di Bari. La pronuncia travolge completamente il disposto dell'art 13 della L. 8 febbraio 1948, n. 47 (disposizioni sulla stampa), rubricato “Pene per la diffamazione”, non solo in quanto confliggente con il disposto costituzionale dell'art 21, ma anche in quanto violative della tutela provvista alla libertà di espressione da parte dell'art 10 CEDU, il cui rispetto è imposto *ex art* 117 della costituzione. A tutelare comunque i soggetti vittime di diffamazione a mezzo stampa permane nell'ordinamento il disposto dell'art 595 c.p. il quale regola l'aggravante della commissione del reato di diffamazione a mezzo stampa, sancendo, però, l'alternatività della pena detentiva e pecuniaria. In ossequio alla giurisprudenza della Corte EDU, abbracciata dalla Corte costituzionale nella sentenza in questione, è da ritenersi che sia legittimo condannare alla pena detentiva solo ove il fatto di reato sia di eccezionale gravità, cosa che la Corte EDU ammette ove si divulgano discorsi d'odio o di istigazione alla violenza, nonché ove si praticano attraverso la stampa, internet, i social media, campagne disinformative che comportino l'addebito alla vittima di fatti gravemente lesivi della propria reputazione, compiuto con la consapevolezza degli autori in ordine alla falsità dello stesso.

Ciò posto, evitando di dilungarsi sulla libertà di stampa che marginalmente inerisce alla presente trattazione, bisogna ora ritornare sul tema dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero, limiti che, come detto, attengono alla relazione con altri interessi di rango costituzionale, ma che non sono ancora rivolti alla tutela del valore della verità in quanto tale, almeno dal punto di vista dell'ordinamento penale, che delinea fattispecie rivolte alla tutela della dignità, della reputazione individuale⁷⁴⁰, della privacy.

Anche il tema della disinformazione non si riduce alla mera urgenza di tutela del valore della verità in quanto tale, ma la necessità di scongiurare che il fenomeno si concretizzi è funzionale all'esercizio di altri diritti soggettivi, quale appunto quello a essere informati, fondamentale per lo sviluppo della persona umana ma anche strumentale alla formazione della coscienza critica, alla partecipazione consapevole al dibattito pubblico e all'esercizio informato dei diritti politici, come quelli elettorali. In ragione di ciò, l'intenzionale manipolazione delle informazioni idonea ad alterare l'esercizio di tali diritti, a deviare la ricostruzione dei fatti, a tangere il libero esercizio del proprio diritto di autodeterminazione, a sopire la coscienza popolare con informazioni di comodo, utili all'accrescimento del consenso politico e al parallelo confinamento del dissenso, come tipico dei regimi totalitari. Non può trascurarsi, infatti, che la disinformazione è sorgente di limitazione del libero esercizio dei diritti, comportando una retrocessione rispetto alle conquiste degli Stati democratici, in quanto si configura come strumento utile a combattere guerre fisiche e vincerle sul campo non fisico, ma mediatico⁷⁴¹.

Ciò posto, la libertà di manifestazione del pensiero, oggi riconosciuta da tutti gli Stati democratici maturi, oscilla dalla facoltà di ognuno di esprimere ciò che crede alla libertà di ricercare informazioni utili alla formazione della propria coscienza e del proprio pensiero critico, passo imprescindibile e irrinunciabile affinché sia effettiva la libertà primariamente tutelata.

In virtù della necessità di perseverare la concretizzazione del progetto democratico europeo e mondiale, sviluppatosi principalmente a seguito della seconda guerra mondiale, di tutelare i diritti fondamentali di ogni essere umano, a presidio del diritto a essere informati, ma anche del diritto all'istruzione, alla salute, al voto, è lo Stato a doversi fare carico, almeno in principio, della realizzazione di misure idonee a scongiurare l'avvento di fenomeni disinformativi, soprattutto quelli

⁷⁴⁰ A proposito del punto di equilibrio tra il diritto dei media di "informare" e di "formare" la pubblica opinione e la tutela della reputazione individuale, non può essere considerato quale "fisso e immutabile", ma va anzi ricercato tenendo conto della costante e veloce evoluzione tecnologica che interessa i mezzi di comunicazione. (Corte Costituzionale, ordinanza depositata il 26 giugno 2020, n. 132, punto 7.3 "considerato in diritto")

⁷⁴¹ Come ricordato a proposito dell'emittente Russa limitata dalle misure restrittive dl Consiglio dell'Unione Europea, legittimate dalla CGUE: Si veda in proposito, Sentenza del Tribunale (Grande Sezione) 27 luglio 2022, nella causa T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483, punti 55, 56, 88, 125, 162, già riportata nella nota n. 700

idonei a riverberarsi su vasta scala, in quanto maggiormente impattanti sull'esercizio dei diritti degli utenti.

A proposito dei diritti fondamentali dei soggetti, diritti connessi all'esercizio della libera manifestazione del pensiero, intesa in senso attivo e passivo, si andrà ora a parlare di uno dei necessari corollari alla realizzazione del progetto di democrazia digitale, ossia il riconoscimento del diritto di accesso alla rete internet, quale mondo più aperto all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e, in generale, all'esplicazione dei diritti inviolabili dell'uomo, cercando di comprendere quale sia, in tale ambito, il compito da perpetrarsi da parte dello Stato.

1.2 Il diritto di accesso a internet

Quanto detto a proposito della poliedricità della libertà di manifestazione del pensiero, e della sua facile espressione in sedi virtuali, comporta la necessità di individuare quali siano in proposito i doveri dello Stato.

È fondamentale che un moderno Stato democratico sia in grado di assicurare a ogni abitante la possibilità di accedere agli strumenti attraverso cui esercitare i diritti e le libertà di cui sono titolari, pena la perdita di effettività, efficacia, significato delle disposizioni costituzionali che, sebbene alle volte programmatiche, sono sempre e comunque cogenti dal punto di vista dell'impegno da profondersi per la loro concreta realizzazione.

Lo Stato deve, quindi, adoprarsi al fine di consentire il più ampio accesso possibile a tutti i cittadini agli strumenti di divulgazione del proprio pensiero. In proposito, è d'obbligo fare un breve riferimento al cosiddetto "diritto di accesso a internet" che da oltre un decennio è oggetto di dibattiti dottrinari e legislativi in ordine all'opportunità di una sua costituzionalizzazione. È evidente che internet è lo strumento più veloce, efficace e efficiente per esercitare attivamente il diritto di informare e, passivamente, quello a essere informati, grazie al quale si può partecipare consapevolmente alla vita civile, politica, culturale della propria società.

Nel 2010 si era paventata l'ipotesi di un'introduzione in costituzione di un art. 21 *bis*, il quale avrebbe dovuto statuire che: *"tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete internet in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovono ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni di cui al Titolo I della parte I"*⁷⁴². Al di là delle disquisizioni in ordine all'appropriatezza dell'inserimento di un nuovo articolo costituzionale o dell'aggiunta del diritto all'interno dell'art 21, relativo alla libertà di

⁷⁴² Disegno di legge costituzionale S. 2485: 2introduzione dell'art 21 bis della costituzione, recante disposizioni volte al riconoscimento del diritto di accesso a internet", presentato al Senato il 6 dicembre 2010. In proposito si veda, S. Rodotà *Una Costituzione per internet?*, in *Politica del diritto*, n. 3/2010, in M. R. Allegri, *Il diritto di accesso a internet: profili costituzionali*, <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2021/04/RDM-1-21-Allegri.pdf>

manifestazione del pensiero, il citato disegno di legge fa emergere chiaramente il legame, già da tempo riconosciuto, tra la necessaria garanzia di effettività rispetto alla libertà di espressione e il riconoscimento del diritto di accesso alla rete, quella che consente di assimilare e divulgare informazioni, idee, notizie che, senza ora approfondire sui possibili effetti collaterali, di certo consentono la partecipazione attiva dei cittadini alla vita sociale. Dalla lettera del d.d.l. si evince anche il palesato bisogno di attivarsi al fine di rimuovere qualsiasi ostacolo che impedisca l'effettivo esercizio di un tale fondamentale diritto della persona umana, concetto che rimanda all'art 3, comma 2, della costituzione e al principio di uguaglianza sostanziale che impone l'attivazione dello Stato affinché si sradichino tutti i possibili impedimenti al pieno sviluppo della persona umana. Tale sviluppo, come già accennato, non può esimersi dal passare attraverso la formazione di una coscienza critica e di idee proprie che, al di là della libertà in ordine alla loro manifestazione, si legano anche alla propria autodeterminazione, in quanto concorrono a caratterizzare l'individuo e a renderlo padrone delle proprie scelte e, conseguentemente, della costruzione del proprio futuro.

Lo stesso legame tra diritto di accesso a internet e libertà di manifestazione del pensiero viene ribadito all'interno di una nuova e più recente proposta di legge costituzionale⁷⁴³. I proponenti, deputati Madia e Orlando, esplicano all'interno della proposta le ragioni sottese all'urgenza di allineare l'ordinamento italiano al progresso tecnologico, che impedisce di continuare a nascondere o non considerare l'importanza dell'accesso alla rete quale diritto fondamentale della persona, in quanto discrimine tra inclusione o esclusione sociale, tra partecipazione consapevole e non partecipazione al dibattito democratico. Internet viene riconosciuto quale strumento essenziale per consentire il pieno sviluppo della persona umana e per accrescere la possibilità di un maggiore progresso di imprese e formazioni sociali.

Il legame con l'art. 3, secondo comma, impone un'azione positiva della Repubblica rivolta alla rimozione dei possibili impedimenti nell'accesso, forieri di discriminazioni essenzialmente socio-economiche. Al contrario, il diritto di accesso a internet deve risultare quale "*pretesa soggettiva a prestazioni pubbliche*", un servizio universale di cui lo Stato deve garantire la fruizione con investimenti e politiche sociali educative, come si fa con altri diritti sociali quale quello relativo all'accesso all'istruzione. Il primo passo deve essere quello di uniformare la possibilità di accesso sul territorio nazionale, in coerenza anche con la missione della transizione digitale posta nell'ambito del PNRR, di modo da scongiurare disuguaglianze date da "*digital divide*" tra chi risulta avere la

⁷⁴³ Proposta di legge Costituzionale 2769, presentata alla camera il 5 novembre 2020 su iniziativa dei Deputati M. A. Madia e A. Orlando, intitolata, Modica all'art 21 della Costituzione, in materia di riconoscimento del diritto di accesso alla rete internet, la quale prevedeva l'aggiunta al termine dell'art. 21 del comma che così recitava: "tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete internet, in condizione di parità, con modalità tecnologicamente adeguate tali da favorire la rimozione di ogni ostacolo di ordine economico e sociale. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire le violazioni del diritto di cui al presente comma".

possibilità di fruire dei servizi che internet offre e chi, per ragioni soprattutto economiche e culturali, non la detiene. L'uniformazione, la qualificazione di servizio universale, evidenziano quanto i proponenti premessero per una ridefinizione dei diritti personali all'insegna del riconoscimento di ciò che è ormai evidente, ossia l'innegabile necessità della rete per esercitare tali diritti, non solo quelli attinente alla libertà di manifestazione del pensiero, come il diritto a essere informati, ma anche il diritto al lavoro, all'istruzione, la libertà di iniziativa economica privata.

La tutela costituzionale del diritto consentirebbe alla Repubblica italiana di mettersi al passo con il progresso, di incentivare uno sviluppo personale nuovo e imprescindibile al giorno d'oggi, sempre con l'obiettivo di tutelare e promuovere la formazione personale, le capacità, le aspettative di ogni individuo.

Lo stesso tenore appena indicato, le stesse finalità sottendono a una nuova proposta di legge costituzionale di modifica dell'art 21, a iniziativa della sola Deputata M. A. Madia che ripropone quanto già asserito nel 2020⁷⁴⁴ al fine di ribadire l'importanza dell'accesso alla rete quale strumento di inclusione sociale, libera formazione della personalità, nonché mezzo imprescindibile per un'effettiva partecipazione al dibattito pubblico, essenza della democrazia.

Ciò detto, l'attuale assenza di una tutela assurta a rango costituzionale del diritto di accesso alla rete non esclude che si siano succedute pronunce giurisprudenziali e dichiarazioni atte a riconoscere l'importanza fondamentale del riconoscimento di un diritto di accesso alla rete internet. Sebbene, infatti, la rete abbatta di fatto ogni tipo di limite geografico, politico, culturale, è altrettanto vero che, affinché l'apertura sia effettiva serve consentire una capillare e uniforme partecipazione alla stessa e l'esercizio in essa dei propri diritti fondamentali⁷⁴⁵.

A questo proposito, la dichiarazione dei diritti in internet⁷⁴⁶ sancisce l'urgenza del documento stesso al fine di dare rilievo sostanzialmente costituzionale a principi e diritti di portata nazionale e sovranazionale, considerato l'altissimo impegno dell'UE profuso per la tutela dei diritti fondamentali, diritti il cui esercizio oggi non si può prescindere dal riconoscere anche in seno alla rete *internet*. La dichiarazione, infatti, statuisce che nei confronti di tutti i diritti riconosciuti all'individuo da parte delle costituzioni nazionali, dalla CDFUE e dalle dichiarazioni internazionali, deve essere assicurato un altro grado di effettività anche con riguardo al loro esercizio in *internet*, sempre nel rispetto della libertà, dignità e uguaglianza afferenti a ogni individuo⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ Proposta di legge Costituzionale n. 327/2022, presentata alla Camera dei Deputati il 13 ottobre 2022, intitolata, come la precedente, Modifica dell'art 21 della Costituzione, in materia di riconoscimento del diritto di accesso alla rete internet

⁷⁴⁵ La Corte EDU riconosce la strumentalità dell'accesso ad internet per l'esplicazione dei diritti fondamentali dell'individuo, come quello alla libertà manifestazione del proprio pensiero (Corte EDU, seconda sezione, 18 dicembre 2012, ricorso 3111/10; seconda sezione, 22 gennaio 2013, ricorso 49197/06, 23196/07, 50242/08 e 1487/09)

⁷⁴⁶ Elaborata dalla "commissione per i diritti e i doveri relativi ad internet" a seguito della consultazione pubblica, delle audizioni svolte dalla stessa Commissione del 14 luglio 2015

⁷⁴⁷ Art. 1, dichiarazione dei diritti in internet, 2015

Proprio in quanto strumentale a un effettivo esercizio di tutti i diritti umani riconosciuti a tutti i livelli, l'accesso alla rete deve anch'esso essere annoverato tra i diritti fondamentali della persona. L'art 2 della dichiarazione ripropone il testo che era stato elaborato ai fini della proposta di legge costituzionale del 2010, ove asserisce che: “*ogni persona ha eguale diritto di accedere a internet in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e aggiornate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale*”⁷⁴⁸. Affinché tale diritto sia effettivo, e siano concretamente rimossi tutti gli ostacoli che potrebbero impedire una eguale e libera fruizione del diritto, è lo Stato a doversi impegnare per la messa in atto degli interventi necessari al raggiungimento dell'obiettivo. È evidente che gli ostacoli, oltre a poter essere legati alle condizioni socio-economiche dei soggetti, non solo possono afferire alla collocazione geografica degli utenti, considerata la non uniforme copertura di tutte le zone del territorio italiano rispetto alla banda larga, garanzia di un effettivo e veloce accesso alla rete, ma anche della capacità degli utenti di fruire dei servizi in rete⁷⁴⁹. Risulta fondamentale, infatti, creare le condizioni attraverso cui assicurare un andamento uniforme del progresso culturale in ordine all'utilizzo di internet, evitando discriminazioni derivanti da asimmetrie afferenti alla capacità di fruizione della rete, discriminazione che comporterebbe una compressione delle libertà dei soggetti culturalmente meno avanzati in materia.

Il principio che si lega al tema della disinformazione che è ivi di interesse è quello della “neutralità della rete”, espresso dall'art. 4 della dichiarazione, il quale fa assurgere a diritto soggettivo quello per cui i dati e le informazioni circolanti in rete siano scevri da interferenze che alterino gli stessi, in quanto ciò lederebbe e metterebbe in discussione l'effettività dell'esercizio dei diritti fondamentali della persona⁷⁵⁰. *Internet*, infatti, deve necessariamente essere regolato da disposizioni uniformi a livello internazionale, in modo da garantire che permangano le sue caratteristiche di mondo “*aperto e democratico*” impermeabile a tentativi discriminatori perpetrati da soggetti dotati di maggiore forza economica⁷⁵¹. A ciò si aggiunga che, pur essendo espressamente previsto il divieto di limitare la libertà di manifestazione del pensiero, è fatta salva la tutela di interessi quali la dignità umana, inevitabilmente lesi dalla divulgazioni di contenuti afferenti a discorsi d'odio o incitazioni alla violenza nei confronti di determinate categorie di soggetti⁷⁵².

A completare il quadro inerente all'acclarata importanza rivestita ormai dal riconoscimento di un diritto soggettivo fondamentale di accesso a internet si inserisce la recentissima pronuncia della Corte

⁷⁴⁸ Art. 2 (diritto di accesso), paragrafo 2 della dichiarazione dei diritti in internet, 2015.

⁷⁴⁹ L'Art. 3 della dichiarazione dei diritti in internet, al paragrafo 3 sancisce che: “Ogni persona ha diritto a essere posta in condizione di acquisire e di aggiornare le capacità necessarie a utilizzare internet in modo consapevole per l'esercizio dei propri diritti e delle libertà fondamentali”.

⁷⁵⁰ Art. 4, rubricato “neutralità della rete”, dichiarazione dei diritti in internet, 2015.

⁷⁵¹ Art. 14 paragrafo 2, dichiarazione dei diritti in internet, 2015

⁷⁵² Art. 13, paragrafo 2, dichiarazione dei diritti in internet, 2015

costituzionale, in cui il giudice delle leggi, sebbene ritenga assorbita la questione inerente alla presunta violazione degli artt. 3 comma 2, 21 e 117 della Costituzione, quest'ultimo in relazione alla violazione degli artt. 8 e 10 CEDU, accoglie la tesi per cui una sproporzionata limitazione del diritto di accesso alla rete travolgerebbe il disposto dell'art 10 della Convenzione Europea, dato il conseguente confinamento della libertà di manifestare liberamente il proprio pensiero⁷⁵³, nonché il suo risvolto passivo legato al diritto di ricevere informazioni.

Ciò posto, la complessità del diritto in questione, unita alla necessità di scongiurare l'insorgenza di fenomeni disinformativi che alterino il libero esercizio dei diritti fondamentali di ognuno, comporta uno sensibile sforzo da parte delle istituzioni pubbliche orientato a un effettivo controllo rivolto ad assicurare che la libera manifestazione del pensiero non sia esercitata in maniera tale da ledere diritti e libertà altrui, cosa che oggi è tutelata principalmente attraverso le previsioni dell'ordinamento penale. Tuttavia, considerato il carattere residuale dell'intervento penale, con tutte le conseguenze che comporta, quale *extrema ratio*, risulta assolutamente fondamentale il controllo e l'azione amministrativa perpetrata dall'AGCOM (autorità per le garanzie nelle comunicazioni) nata per la regolazione delle trasmissioni radio-televisive, ma oggi competente per la tutela degli utenti, delle loro scelte, del pluralismo anche con riguardo ai media, alle piattaforme online e alla rete internet. L'Autorità, come si vedrà, agisce al fine di garantire la piena tutela dei diritti fondamentali, per limitare l'insorgenza di fenomeni disinformativi, tra cui emergono con particolare forza le divulgazioni di informazioni alterate che si concretizzano in discorsi d'odio o di incitazione alla violenza, ma anche in ragione dell'imprescindibile tutela dei minori che fruiscono dei servizi in rete. In ragione di ciò, l'Autorità evidenzia la sempre maggiore urgenza di adottare misure efficaci per la diffusione della giusta cultura in ordine all'utilizzo dei media e di *internet*, oggi particolarmente pressante a seguito della capillare diffusione dei servizi e di quanto accaduto in ordine alla disinformazione durante la pandemia da COVID-19, e ancora accade in materia di rapporti tra Russia e Ucraina.

In ragione di ciò, si andrà ora a parlare dei compiti, delle attività effettive di competenza dell'AGCOM.

1.3 L'AGCOM – l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e il *public enforcement*

Come si è già visto a proposito della Concorrenza, anche in materia di comunicazione è stata istituita a livello nazionale un'autorità amministrativa *ad hoc* atta allo svolgimento di controlli nei confronti dell'utilizzo degli strumenti utili alla comunicazione e all'informazione e dell'erogazione di servizi tramite le tecnologie, affinché tali attività siano svolte nel rispetto dei principi generali

⁷⁵³ Corte Costituzionale, sentenza 12 gennaio 2023, n. 2, punto 2 “considerato in diritto”

dell'ordinamento nazionale e sovranazionale. L'esistenza di un'Autorità tale mira a presidiare efficacemente lo svolgimento di un diffuso e corretto esercizio di libertà di espressione, nell'ottica di incentivare, coerentemente con quanto è da farsi da parte delle autorità pubbliche, *“la libera circolazione delle idee e la formazione di un'opinione pubblica consapevole”*⁷⁵⁴.

L'autorità fa parte del novero delle autorità amministrative indipendenti, è dotata di autonomia contabile, organizzativa, regolamentare, amministrativa ed è previsto che essa operi *“in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”*⁷⁵⁵. A tale Autorità è affidato il compito, nell'esercizio delle funzioni cui è preposta, di agire in maniera imparziale e trasparente, a tutela dei diritti fondamentali della persona, del pluralismo dei media, della non discriminazione⁷⁵⁶.

L'Autorità in questione è stata designata dal legislatore quale soggetto avente carattere *“convergente”*⁷⁵⁷, in quanto preposta allo svolgimento di attività di vigilanza e di regolamentazione nel settore delle comunicazioni in generale, sia che esse avvengano tramite i servizi postali, che tramite sistemi elettronici, audiovisivi o piattaforme online. La scelta di tale modello ben si confà ai profondi cambiamenti accorsi a seguito dell'istituzione dell'Autorità, mutamenti dettati soprattutto dalla digitalizzazione dei segnali di trasmissione e la conseguente uniformazione dei sistemi di trasmissione audio, visivi o di dati, incluse le trasmissioni televisive e l'accesso a internet.

Ciò posto, bisogna analizzare più nello specifico quali siano le competenze che l'Autorità deve assolvere. Essa è preposta alla risoluzione in sede non giurisdizionale delle potenziali controversie⁷⁵⁸ insorgenti tra utenti e soggetti autorizzati o destinatari di licenze, nonché dei rapporti di conflitto tra questi ultimi. Per la risoluzione di tali controversie, il termine di proposizione del giudizio è sospeso fino a quando non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi all'Autorità, da ultimare entro 30 gg dalla proposizione dell'istanza all'Autorità stessa. Ai fini della regolamentazione dei procedimenti non giurisdizionali, l'Autorità adotta un provvedimento che definisca i criteri minimi adottati dalle istituzioni unionali ai fini della composizione della controversia a tutela dei consumatori e degli utenti, criteri cui si orienterà l'eventuale decisione di un arbitro cui i soggetti abbiano deferito la lite⁷⁵⁹. L'AGCOM, ai sensi del comma 7 bis dell'art 1 della legge istitutiva (L. 249/1997), è inoltre preposta, in quanto Autorità designata dallo Stato all'applicazione delle norme

⁷⁵⁴ Corte Costituzionale, sentenza 12 gennaio 2023, n. 2, punto 2 “considerato in diritto”

⁷⁵⁵ Art. 1, primo periodo, L. 31 luglio 1997, n. 249, istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo

⁷⁵⁶ Art 7, comma 1, d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208

⁷⁵⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2023, n. 1077, punto 3 in “diritto”

⁷⁵⁸ Art 1, comma 11, L. 31 luglio 1997, n.249, istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo

⁷⁵⁹ Art 1, comma 12, L. 249/97

unionali a tutela dei consumatori⁷⁶⁰, ai fini dell'attuazione del regolamento 2017/1128/UE⁷⁶¹, ex art 5 di un diverso e successivo atto regolamentare⁷⁶², all'adempimento degli obblighi previsti da quest'ultimo, agendo in via indipendente e per conto dei consumatori del proprio Stato membro⁷⁶³. Affinché sia data effettiva applicazione delle norme unionali previste in seno al regolamento 2017/2394, le Autorità competenti degli Stati membri sono dotati dei poteri⁷⁶⁴ di indagine necessari, ossia almeno di: potere di accesso ai documenti; potere di esigere il rilascio di dichiarazioni, documenti, dati pertinenti; potere di effettuare, se serve, ispezioni *in loco*; il potere di acquistare beni e servizi, anche in anonimato, per individuare eventuali infrazioni del regolamento.

Ai poteri di indagine si affiancano i poteri esecutivi, imprescindibili al fine di dare seguito all'accertamento. Senza dilungarsi eccessivamente, i poteri previsti dal paragrafo 4 dell'art 9 del regolamento in parola, consentono alle Autorità nazionali di: adottare misure cautelari provvisorie atte a scongiurare la concretizzazione di un rischio di grave danno agli interessi collettivi dei consumatori; di ottenere e accettare impegni da parte dell'operatore responsabile dell'infrazione; di obbligare per iscritto la cessazione delle infrazioni del regolamento o di far cessare le stesse, nonché vietarle. Sono poi previste ulteriori misure, da utilizzare solo quale *extrema ratio*, ove non risulti efficace l'esercizio di un potere diverso, con l'unica finalità di evitare che si realizzi un grave danno agli interessi collettivi dei consumatori.

L'ultimo, per quel che qui interessa, potere provvisto dal regolamento alle competenti autorità nazionali, è il potere sanzionatorio. Questo può intervenire in ogni caso, sotto forma di ammenda o di penalità di mora, ove sia accertata un'infrazione, ovvero qualora non siano rispettate le decisioni assunte dall'autorità nella fase esecutiva, come misure provvisorie, impegni, decisioni o ordinanze⁷⁶⁵. Ai fini dell'irrogazione delle sanzioni, così come previsto anche nell'ambito delle competenze dell'Autorità antitrust, il soggetto regolatore nazionale tiene conto della durata nonché della gravità dell'infrazione e applica sanzioni che rispondano sempre e comunque ai criteri di proporzionalità, dissuasività ed effettività⁷⁶⁶. Viene fatta salva la possibilità per le autorità nazionali di avviare

⁷⁶⁰ Art 3, paragrafo 6, del Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017, n. 2394 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento 2006/2004/CE

⁷⁶¹ Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017, n. 1128 (UE), relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno.

Tale portabilità, asserisce il considerando n. 1, è importante ai fini del corretto funzionamento del mercato interno e l'effettività dei principi di libertà circolazione delle persone e dei servizi, perciò va garantito un accesso senza ostacoli, in tutto il territorio dell'Unione, ai servizi online prestati legittimamente al consumatore dallo Stato membro di appartenenza.

⁷⁶² Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017, n. 2394 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento 2006/2004/CE

⁷⁶³ Art 5, paragrafo 2, regolamento 2017/2394/UE

⁷⁶⁴ I poteri dell'autorità sono individuati dall'art 9 del Regolamento 2017/2394/UE

⁷⁶⁵ Art 9, paragrafo 4, lett. h) regolamento 2017/2394/UE

⁷⁶⁶ Così come disposto dalla direttiva 2014/104/UE per il settore della Concorrenza

indagini o procedimenti di propria iniziativa e di consultare associazioni di consumatori o di operatori, nonché persone interessate, al fine di vagliare l'adeguatezza e l'efficacia degli impegni proposti per la cessazione dell'infrazione rilevante ai sensi del regolamento.

L'art 10 dello stesso atto regolamentare precisa, poi, le modalità di esercizio dei poteri conferiti alle autorità nazionali da parte dell'art precedente, stabilendo che l'attuazione e l'esercizio di quei poteri deve sempre risultare coerente e conforme al diritto unionale e nazionale, soprattutto alla luce delle garanzie procedurali e dei principi applicabili sanciti nella CDFUE. È, inoltre, previsto che l'Autorità possa esercitare i poteri di cui dispone, sia direttamente che con il ricorso a diverse autorità competenti, a organi appositamente designati, ovvero a organi giurisdizionali.

Alle competenze strettamente assegnate all'Autorità, vanno aggiunte quelle cui sono preposti gli organi da cui è composta. L'art 1, comma 3, della legge istitutiva dispone che l'Autorità sia composta dal Presidente, dal Consiglio, dalla Commissione per le infrastrutture e le reti, dalla Commissione per i servizi e i prodotti⁷⁶⁷.

Al potere sanzionatorio previsto dal regolamento si aggiunge quanto sancito dall'art 2, comma 20, della L. 481/1995⁷⁶⁸, il quale dispone che ogni Autorità, ai fini dell'esercizio delle proprie funzioni è legittimata a: richiedere informazioni e documenti in ordine all'attività svolta dagli esercenti il servizio⁷⁶⁹; controlla che l'esercente dia seguito a quanto stabilito all'interno del contratto o dalla convenzione conclusi tra lo stesso e l'amministrazione concedente, ove è prevista l'indicazione di obiettivi e scopi dell'attività, ma sono anche predeterminate le procedure di controllo e le sanzioni nel caso di inadempimento e le modalità di rinnovo degli accordi stessi; controlla che l'esercente rispetti il regolamento di servizio dallo stesso predisposto in conformità ai principi di legge e agli accordi con l'amministrazione concedente; ove il fatto non costituisca reato, l'Autorità è legittimata a irrogare sanzioni amministrative pecuniarie e, in caso di reiterazione della violazione, può anche sospendere l'attività fino a 16 gg o proporre al ministero delle imprese e del Made in Italy di sospendere o dichiarare la decadenza della concessione; se del caso, ordina all'operatore la cessazione di comportamenti lesivi degli interessi degli utenti, eventualmente imponendo di riconoscere il giusto indennizzo; nell'ambito di procedure di arbitrato o di conciliazione, l'autorità ha facoltà di adottare provvedimenti dal carattere temporaneo che siano finalizzati a garantire la continuità del servizio,

⁷⁶⁷ Il comma prosegue sancendo che ogni commissione è composta da due commissari più il Presidente, mentre il consiglio è composto da tutti e quattro i commissari e il Presidente. La nomina di quest'ultimo avviene con DPR, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, di intesa con il Ministro dello sviluppo economico (sostituito dal Ministero delle imprese e del Made in Italy)

⁷⁶⁸ L. 14 novembre 1995, n. 481, norme per la Concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità

⁷⁶⁹ Il servizio reso da parte di chi opera nel campo della diffusione di programmi radiofonici e televisivi ha carattere di servizio di interesse generale, come specificato dall'art 6, comma 1, del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 considerato il diritto fondamentale a essere informati.

ovvero a far cessare abusi o comportamenti scorretti da parte dell'esercente nel funzionamento del servizio.

Ulteriori sanzioni sono comminate ove i soggetti esercenti attività nel campo delle comunicazioni si macchino di comportamenti previsti *ex art 1* della legge istitutiva dell'AGCOM, ai commi 29, 30, 31 e 32. Questi, rispettivamente, prevedono che: siano puniti con la reclusione da uno a cinque anni i soggetti che comunichino all'AGCOM dati contabili o concernenti l'attività svolta non veritieri, per come previsto dal 2621 c.c.⁷⁷⁰; che l'Autorità possa irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nel caso in cui i soggetti tenuti a comunicare dati, informazioni, documenti, non provvedano nei termini e secondo le modalità dettate dall'Autorità stessa;

Nell'ottica della leale collaborazione, e al fine di garantire il controllo e le regolamentazioni maggiormente efficaci alla tutela delle comunicazioni, l'autorità può avvalersi degli organi del Ministero dell'interno o di quello delle imprese e del made in Italy nonché, prima del 2005, di quelli eventualmente appannaggio del Garante per la radiodiffusione e l'editoria⁷⁷¹.

Sanzioni amministrative pecuniarie, diversamente calcolate, sono inoltre comminate dal comma 31 nei confronti dei soggetti che si rendano inottemperanti rispetto all'esecuzione di ordini o diffide provenienti dall'AGCOM, verso chi sia inadempiente rispetto a provvedimenti adottati alla luce delle disposizioni in ordine all'abuso di posizione dominante o del regolamento 2019/1150/UE⁷⁷², ovvero inadempiente rispetto a provvedimenti dell'Autorità concernenti la tutela del diritto di autore o di diritti a quest'ultimo connessi⁷⁷³. Nei casi regolati dai commi 30 e 31 dell'art 1 della legge istitutiva dell'AGCOM, i soggetti inadempienti sono puniti con l'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, ma, ove i casi predetti si concretizzino in una violazione avente particolare gravità o

⁷⁷⁰ Art 2621 c.c., rubricato "false comunicazioni sociali"

⁷⁷¹ Istituito *ex art. 6* della L. 6 agosto 1990, n. 223 (disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), era una autorità preposta alla vigilanza e al controllo del corretto funzionamento del settore di riferimento, legittimata all'irrogazione delle sanzioni previste dall'art 31 della stessa legge (art 6, comma 10, lett d), e a relazionare annualmente al parlamento sullo stato di attuazione della legge entro il 31 marzo dell'anno successivo a quello cui la relazione si riferisce (art 6, comma 13), nonché a compiere le attività ispettive e istruttorie necessarie all'espletamento delle finalità previste dalla legge (art 6, comma 10, lett. c). Oggi, l'intera legge è stata abrogata dal D.lgs. 8 novembre 2021, n. 208 (attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione della realtà del mercato) ma l'art. 6, istitutivo del Garante, aveva già subito un'abrogazione pressoché totale (a esclusione del comma 11 solo modificato) da parte del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, all'art 54, comma 1, lett. i), testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici

⁷⁷² Regolamento del Parlamento europeo e del consiglio del 20 giugno 2019 n. 1150, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali di servizi di intermediazione online. Divenne direttamente applicabile in tutti gli Stati membri a partire dal 12 luglio 2020, come disposto dall'art 19 dell'atto regolamentare.

⁷⁷³ Le sanzioni amministrative pecuniarie comminate dal comma 31 dell'art 1 della L. 249/97, rispettivamente ai casi su citati, vanno da 10.329, 14 a 2558.228,45 nel primo caso; dal 2 al 5% del fatturato annuo realizzato dallo stesso soggetto nell'esercizio chiuso nel periodo immediatamente precedente alla notificazione della contestazione, nel secondo caso; e da 10.000 euro al 2% del fatturato nel terzo caso.

Tutte le sanzioni qui previste sono irrogate direttamente dall'autorità, per come disposto dall'ultimo periodo dell'art 1, comma 31, L. 249/97.

risultino essere reiterazione di un'infrazione già precedentemente accertata, l'esercente può essere destinatario di un provvedimento di revoca dell'autorizzazione o concessione o della sospensione dell'attività fino a 6 mesi⁷⁷⁴. La gravità dell'infrazione deve essere valutata sulla base della portata della stessa, avendo riguardo al nocumento effettivo che porta agli interessi degli utenti, alla qualità del servizio e all'entità del periodo in cui perdura.

La natura afflittiva delle sanzioni irrogate dall'AGCOM comporta la necessità di riconoscere a queste, come già si è fatto con riguardo alle sanzioni Antitrust, natura sostanzialmente penale⁷⁷⁵, con tutto ciò che ne consegue in ordine all'ampiezza del giudicato del giudice amministrativo e alle garanzie procedurali da apprestare almeno in sede giurisdizionale, secondo quanto previsto dalla giurisprudenza della Corte EDU⁷⁷⁶.

Ciò posto, è da precisare che sono stabilite competenze peculiari cui devono far fronte i diversi organi da cui l'Autorità è composta, ed è sempre l'art 1 della legge istitutiva a chiarire le prerogative di ciascuno.

Il consiglio è competente per: la promozione e lo svolgimento di studi e ricerche in ordine al progresso tecnologico e alle evoluzioni nel settore delle comunicazioni; la segnalazione al Governo di eventuali opportunità di interventi legislativi che vadano di pari passo con le innovazioni tecnologiche nazionali e internazionali; per l'adozione di regolamenti eventualmente necessari a garantire l'applicazione delle disposizioni di legge in ordine all'accesso alle infrastrutture destinate alla comunicazione; per l'approvazione di regolamenti atti a definire i disciplinari da condividere con il ministero per il rilascio di concessioni e autorizzazioni nel settore radiotelevisivo; per la verifica di bilanci e attività dei soggetti concessionari o autorizzati; per la presentazione al Governo di una relazione annuale, ogni anno entro il 30 giugno, volta a rendicontare il lavoro svolto dall'autorità, soprattutto con riguardo alle rilevazioni di pluralità di idee in circolo nel settore delle comunicazioni, con ogni mezzo di diffusione a livello nazionale e comunitario, le risorse, lo sviluppo tecnologico. Oltre a ciò, il Consiglio reca competenza residuale in ordine e tutti i compiti non assegnati da parte dell'Autorità alle diverse commissioni⁷⁷⁷ e garantisce un'applicazione efficace e idonea al Regolamento 2019/1150/UE⁷⁷⁸.

⁷⁷⁴ Art 1, comma 32, L. 249/1997

⁷⁷⁵ Come ricordato da diverse pronunce del Consiglio di Stato, tra cui la recente sentenza della Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2122, punto 15 in "diritto".

In proposito si veda anche quanto affermato dalla Corte EDU, nella sentenza 10 dicembre 2020, sui ricorsi riuniti nn. 68954/13 e 70495/13

⁷⁷⁶ Per un approfondimento sul tema si veda quanto detto nel Cap. II, paragrafo 2.1.1

⁷⁷⁷ Art 1, comma 6, lett. c n. 14

⁷⁷⁸ Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 n. 1150 (UE), che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

I settori di intermediazione online sono oggi strumenti efficaci e imprescindibili per lo sviluppo dell'imprenditorialità e garantiscono una maggiore scelta ai consumatori unionali (considerando n. 1). I vantaggi delle imprese nella maggiore facilità di raggiungimento dei consumatori nonché di questi nella vasta gamma di scelta tra prezzi e qualità di prodotti,

Ancora, ai sensi dell'art 1, comma 6 lett. a), la Commissione per le infrastrutture e le reti svolge funzioni attinenti a: la regolamentazione dei rapporti e gestione delle controversie tra gestori delle infrastrutture e utilizzatori delle infrastrutture, nonché tra i primi e utenti privati; alla definizione di standard tecnici da rispettarsi da parte di chi sia stato aggiudicatario rispetto alla realizzazione di bande in fibra ottica, in modo tale da assicurare non solo un adeguato livello qualitativo della struttura ma anche elevate prestazioni in ordine alla connettività delle stesse; l'espressione di un parere in ordine alla definizione dei piani di ripartizione delle frequenze e la predisposizione di un piano di assegnazione delle stesse; definizione di criteri obiettivi, trasparenti e mai discriminatori con riguardo alle tariffe massime applicabili per l'interconnessione o l'accesso alle infrastrutture da parte di utilizzatori diversi dal gestore delle stesse; l'individuazione dell'eventuale nucleo attinente al servizio universale; la tenuta del registro relativo agli operatori di comunicazione, anche detto R.O.C.; la gestione dei rapporti tra gestori e utilizzatori delle infrastrutture verificando che siano garantiti interconnessione e accesso alle infrastrutture da parte di soggetti gestiscono le reti, ovvero offrono servizi di telecomunicazione; riceve periodicamente informazioni dai gestori con riguardo alle interruzioni del servizio avverso cui gli utenti, nei casi previsti dall'Autorità, possono anche proporre ricorso; promuove l'interconnessione tra i sistemi nazionali e quelli esteri; vigila sul rispetto delle soglie di radiofrequenze compatibili con la tutela della salute umana anche con riguardo all'effetto congiunto di più emissioni.

L'ultimo organo che concorre alla formazione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni nel suo complesso è costituito dalla Commissione per i servizi e i prodotti la quale, con riguardo alle prerogative a essa conferite è regolata dall'art 1, comma 6, lett b), a norma del quale è preposta principalmente a: vigilare che siano erogati e distribuiti servizi e prodotti, anche pubblicitari, nel rispetto delle disposizioni di legge; è ammessa alla delineazione di regolamenti, nel rispetto delle norme unionali, volti a disciplinare i rapporti tra i gestori di reti fisse o mobili con gli operatori che agiscono nell'ambito della rivendita di servizi radiotelevisivi; vigila sul rispetto della normativa a tutela dei minori nel settore radiotelevisivo e sulla salvaguardia delle minoranze linguistiche riconosciute nel settore delle comunicazioni di massa; cura la rilevazione degli ascolti e verifica che esse siano trasmesse senza una voluta manipolazione dei dati, pena la configurazione del reato

comporta però la necessità di garantire che il sistema rimanga competitivo, equo e trasparente, così da preservare il benessere dei consumatori (considerando n. 3).

Le finalità del regolamento attingono alla garanzia del corretto funzionamento del mercato interno, attraverso la predisposizione di norme che provvedano affinché il rapporto tra gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online e gli utenti titolari di siti web aziendali in relazione con motori di ricerca, si svolgano all'insegna della trasparenza, dell'equità e di efficaci possibilità di ricorso.

previsto *ex art* 476, comma 1, c.p.⁷⁷⁹; anche avvalendosi degli ispettori territoriali del ministero delle imprese e del made in Italy, monitora le trasmissioni televisive; favorisce l'integrazione tra tecnologie e le offerte di servizi di comunicazione. Ultima competenza, richiamata intempestivamente e inappropriatamente [dal sito ufficiale dell'AGCOM](#), è quella regolata dal n. 14 dell'art 1, comma 6, lett. b, ossia quella concernente l'irrogazione delle sanzioni previste dall'art 31 della L. 223/1990⁷⁸⁰. Il riferimento rinvenibile nel sito suddetto, nella sezione relativa alle competenze della Commissione per i servizi e i prodotti, risulta assolutamente erroneo, in quanto l'operatività della norma contenuta nell'art 31 della L. 223/1990 è venuta meno con l'abrogazione della disposizione avvenuta circa due decenni fa, con il d.lgs. 177/2005.

Dato il riferimento a tale norma, per completezza si chiarisce la portata della disposizione.

L'art 31 prevedeva che l'Autorità si adoperasse al fine di compiere gli accertamenti necessari in ordine alle violazioni rilevanti, di contestare gli addebiti ai soggetti interessanti i quali sono ammessi, entro 15 gg, alla presentazione di idonee giustificazioni. Sia ove le giustificazioni fossero inadeguate, sia ove fossero assenti l'Autorità avrebbe potuto diffidare gli interessanti e ordinare loro di cessare la perpetrazione del comportamento illecito, cessazione che sarebbe dovuta essere effettiva entro il termine indicato in diffida, non superiore a 15 giorni. Qualora l'infrazione persistesse oltre il termine, ovvero non fossero rispettati gli obblighi di rettifica gravanti sul concessionario pubblico o privato nei casi in cui qualcuno avesse richiesto espressamente tale rettifica in quanto si fosse sentito moralmente o materialmente leso da trasmissioni contrarie e verità, o non si fosse adempiuto alle prescrizioni relative all'osservanza di leggi e convenzioni internazionali in materia di telecomunicazioni o all'obbligo di trasmissione del medesimo programma su tutto il territorio per il quale è rilasciata la concessione, l'Autorità avrebbe avuto facoltà di infliggere sanzioni amministrativa pecuniarie nonché di sospendere l'efficacia della concessione o autorizzazione.

Ciò posto, la fornitura di servizi di media audiovisivi è oggi regolata dal d.lgs. 208/2021⁷⁸¹ (testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi – TUSMA), che si fonda sui principi di libertà

⁷⁷⁹ L'art 476 c.p. è rubricato: "falsità materiale commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici", e dispone al comma 1 che "il pubblico ufficiale che, nell'esercizio delle sue funzioni, forma, in tutto o in parte, un atto falso o altera un atto vero, è punito con la reclusione da uno a sei anni"

⁷⁸⁰ La legge istitutiva fa riferimento all'art 31 della L. 6 agosto 1990, n. 223, disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato, disposta in attuazione della direttiva del Consiglio delle Comunità europee del 3 ottobre 1989 n. 552, come disposto *ex art.* 39 della legge nazionale. Tuttavia, tale legge che ha subito vari interventi abrogativi e, per quel che qui interessa, l'art. 31 è stato interamente abrogato da parte dell'art 54, comma 1, lett. i) del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177.

⁷⁸¹ Per quanto concerne le novità introdotte dal decreto in materia di competenze dell'Autorità, è quest'ultima a enunciarle nella relazione al Parlamento del 2022, all'interno della quale nel capitolo 2, i media, al paragrafo 2.2, asserisce che tra le novità più rilevanti del nuovo testo unico sulla fornitura di servizi di media audiovisivi vanno considerati: la tenuta dell'elenco dei fornitori di servizi media audiovisivi soggetti alla giurisdizione italiana; la messa in rilievo dei fornitori qualificati come servizi di interesse generale; la definizione di criteri vincolanti per la programmazione, affinché questa non violi i diritti fondamentali, ad esempio incitando alla violenza e all'odio; la determinazione di parametri attraverso cui valutare la regolarità del servizio fornito con riguardo alla trasmissione di eventi di particolare rilevanza sociale,

di manifestazione del pensiero, inclusa la dimensione passiva consistente nel ricevere informazioni, di tutela della dignità umana e non discriminazione, di lotta alla **disinformazione**, di salvaguardia delle diversità etniche, artistiche, culturali, nonché sul pluralismo dei mezzi di comunicazione⁷⁸², promuove l'alfabetizzazione mediatica perpetrata tramite un'azione improntata alla cooperazione tra il Ministero dello sviluppo economico (MISE), l'AGCOM e il ministero della cultura⁷⁸³.

Con riguardo alla lotta avverso la disinformazione, in particolare, la disciplina del TUSMA è rivolta ad assicurare che l'informazione diffusa attraverso media audiovisivi e radiofonici sia veritiera rispetto alla narrazione di fatti e avvenimenti, così da garantire la "*libera formazione delle opinioni*", irrinunciabile corollario del diritto all'informazione, nonché perpetrata rispettando il divieto di utilizzo di tecniche manipolative che alterino il contenuto delle informazioni in maniera tale da renderle irriconoscibili per l'utente⁷⁸⁴.

Il sistema di *enforcement* pubblicistico che emerge dalla disciplina si regge su un doppio binario di competenza sanzionatoria, in parte assegnata all'Autorità, in parte al MISE.

Per quanto riguarda il campo d'azione dell'AGCOM, essa irroga sanzioni amministrative pecuniarie, indipendentemente dall'avvio di un'azione penale nei casi in cui la violazione integri autonomamente una fattispecie di reato, ove emerga la violazione di obblighi in materia di programmazione, pubblicità e contenuti radiotelevisivi. Il potere sanzionatorio dell'autorità è regolato dall'art 67 del TUSMA, il quale predetermina le infrazioni rilevanti ai fini della disciplina.

Per ciò che qui interessa, il potere sanzionatorio dell'Autorità si rivolge a punire la violazione del divieto di cui all'art 30 del testo unico, atto alla tutela dei diritti fondamentali. In virtù di ciò, la norma vieta la perpetrazione di reati o l'apologia degli stessi nell'erogazione di servizi di media audiovisivi, escludendo la possibilità di istigare all'odio e alla violenza, ovvero promuovere la commissione di reati connessi al terrorismo. Ove l'Autorità rilevi l'infrazione rispetto al divieto su esposto, essa irroga una sanzione compresa tra 30 e 600 mila euro⁷⁸⁵, commisurata sulla base della valutazione della gravità del fatto e delle conseguenze che si sono prodotte, della durata della violazione e dell'eventuale reiterazione della stessa. Qualora l'Autorità rilevi un particolare disvalore

rispondenti a un interesse pubblico; la definizione di programmi e servizi che risultino nocivi per lo sviluppo fisico e cognitivo dei minori; la definizione delle procedure per la composizione delle controversie tra utenti e fornitori, nonché la verifica di conformità dei codici di condotta adottati dai fornitori al fine di scongiurare una violazione del divieto di trasmissione di contenuti lesivi della dignità umana, dell'ambiente, della salute, ovvero discriminatori. (Relazione annuale 2022, sull'attività svolta e sui programmi di lavoro del 29 luglio 2022, relativa al periodo compreso tra l'1 maggio 2021 e il 30 aprile 2022) – la competenza di relazionare annualmente al Parlamento nazionale sull'attività svolta è conferita al Consiglio dell'Autorità da parte dell'art 1, comma 6, lett. c) n. 12 della L. 249/1997.

⁷⁸² Art 4, comma 1, d.lgs. 208/2021

⁷⁸³ Art. 4, comma 3, d.lgs.208/2021

⁷⁸⁴ Art, 7, comma 2, lettere a) ed e), d.lgs.208/2021

⁷⁸⁵ L'entità della sanzione è prevista dall'art. 67, comma 2, lettera g) del d.lgs.208/2021, il quale fa rientrare il divieto ex art. 30 tra i casi in cui si prevede l'esercizio del potere sanzionatorio all'art 67, comma 1, lett. q).

dell'infrazione, accresciuto rispetto ai casi generali da una significativa gravità, anche dovuta alla reiterazione della violazione, è ammessa a punire con la sospensione dell'attività fino a 6 mesi⁷⁸⁶.

Ad affiancare l'Autorità nel sistema di *enforcement* pubblicistico sta il ministero dello sviluppo economico, il quale è competente all'irrogazione delle sanzioni previste dall'art 68 del TUSMA, che fa salve le competenze sanzionatorie già previste dal codice delle comunicazioni elettroniche⁷⁸⁷ per i soggetti autorizzati dal Ministero, ovvero destinatari di una concessione o autorizzazione previste dalla L. 223/1990 con i diritti e obblighi da questa discendenti. Il Ministero, oltre alla competenza all'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie, anch'essa indipendente rispetto all'eventuale rilevanza penale dell'infrazione rilevata, può esercitare potere di revoca della concessione o dell'autorizzazione, nei casi in cui vengano meno i requisiti previsti per il rilascio delle stesse, ovvero in caso di dichiarazione di fallimento o avvio di diversa procedura concorsuale cui non segua il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'attività di impresa.

Il ministero, inoltre, è legittimato a disporre la sospensione dell'attività nei confronti del soggetto che abbia mancato di utilizzare le radiofrequenze assegnate, ovvero non abbia ottemperato agli obblighi previsti dall'art 50, comma 1, del TUSMA, rivolto all'utilizzo efficiente e alla tutela dell'integrità delle radiofrequenze, intese quali risorsa essenziale del pianeta, e non abbia provveduto alla regolarizzazione intimata dalla comunicazione di avvio del procedimento entro sette giorni.

Ove l'emittente reiteri una violazione nei tre anni successivi all'adozione di un provvedimento di sospensione, il Ministero può disporre la revoca ovvero la riduzione dell'assegnazione.

Da quanto detto si evince, ancora una volta, la predisposizione di un pervasivo sistema di *enforcement* pubblicistico attraverso cui l'Autorità e il Ministero dello sviluppo economico garantiscono il rispetto e puniscono l'infrazione delle disposizioni di legge.

Le competenze sanzionatorie, pur limitando la libertà di manifestazione del pensiero intesa in senso attivo, tutelano pervasivamente la sua dimensione passiva, intesa quale diritto a essere informati, salvaguardando il sistema dalla diffusione di notizie manipolate, così scongiurando l'avverarsi di fenomeni disinformativi, tra cui rientrano la divulgazione di discorsi d'odio, di incitazione alla violenza e al terrorismo, fondati su strategie di comunicazioni basate sull'alterazione di verità in maniera tale da orientarle nella direzione più utile a convincere l'uditorio della propria tesi, aprendo

⁷⁸⁶ Art 67, comma 11, d.lgs. 208/2021

⁷⁸⁷ D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, codice delle comunicazioni elettroniche, come modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207 (attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche), il quale recepisce la direttiva 2018/1972/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (rifusione). Il codice prevede l'irrogazione da parte del ministero di sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art 30, all'art 102, all'art 212. Il codice sancisce la competenza del Ministero anche in altri ambiti, quale quello relativo all'inflizione di sanzioni disciplinari, previste dall'art 182; la sospensione, la revoca, la decadenza previste dall'art 187; la sospensione e la revoca ex art. 202.

la strada a una fortissima lesione di diritti fondamentali della persona, tra cui quello alla dignità che, come visto, rappresenta uno dei valori fondanti della disciplina nazionale⁷⁸⁸.

Ciò posto in relazione ai poteri di *enforcement* afferenti all'autorità per le garanzie nelle comunicazioni, è ora necessario, per meglio comprenderli, fare un breve riferimento al principio del pluralismo, da sempre fondamentale in materia di comunicazioni e ancora più pregnante con riguardo alla diffusione di notizie via internet, fondamentale per salvaguardare gli utenti dai danni conseguenti all'insorgenza di fenomeni di "*information disorder*"⁷⁸⁹.

1.3.1 Il principio del pluralismo e altri principi generali

Il principio cardine in materia di comunicazione e informazione è senz'altro quello del pluralismo, deducibile, secondo costante giurisprudenza costituzionale⁷⁹⁰, dal disposto dell'art 21 della Costituzione sul quale si fonda la necessità di garantire un'informazione diversificata, democratica e imparziale⁷⁹¹.

Il giudice delle leggi ha affermato, sin da pronunce risalenti, che garantire la sussistenza del principio del pluralismo in materia di radio e telediffusione, cui oggi va aggiunta la diffusione in rete, sia un'esigenza di carattere preminente e primario⁷⁹². Ciò vale ancora di più in considerazione del fatto che, un'attenta lettura di quanto disposto dall'art 10 CEDU in materia di libertà di espressione porta a concludere che la stessa convenzione abbia tendenzialmente riconosciuto il principio del pluralismo quale necessario e strumentale alla piena realizzazione del diritto di ognuno di ricevere e comunicare informazioni e idee. Quello al pluralismo è dunque, in tutto e per tutto, un corollario essenziale del diritto alla libera manifestazione del pensiero, soprattutto nella sua dimensione passiva afferente al diritto di essere informati⁷⁹³, corrisponde a un interesse pubblico di rilevanza generale, risulta imprescindibile ai fini della formazione della coscienza critica di ogni Uomo e, quindi, fondamentale per una consapevole partecipazione ai dibattiti democratici⁷⁹⁴.

⁷⁸⁸ Che attua la direttiva (UE) 2018/1808

⁷⁸⁹ Nozione legata al rapporto di C. Wardle e H. Derakhshan: "information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making", published by the Council of Europe, 27 settembre 2017, in cui si richiama J. Nielsen quale primo utilizzatore del concetto di inquinamento informativo, nel 2003, quale strumento per descrivere la diffusione di informazioni irrilevanti, ridondanti, insolite e sottovalutate

⁷⁹⁰ Corte costituzionale, ordinanza n. 61 depositata il 13 marzo 2008; corte costituzionale 13 marzo 2009, n. 69

⁷⁹¹ Questo è detto dalla Corte costituzionale con riferimento all'erogazione del servizio pubblico radiotelevisivo, 18 marzo 2009, n. 69, punto 3.2 "considerato in diritto". A proposito del legame tra pluralismo dell'informazione e libertà di manifestazione del pensiero, si vedano anche: Corte Costituzionale, sentenze 148/1981; 826/1998, 11/1993; 122/2017

⁷⁹² Corte Costituzionale, 152/1987, punto 9 "considerato in diritto"

⁷⁹³ La dimensione passiva della libertà di manifestazione del pensiero è tutelata dallo stesso art. 21, come più volte detto da parte della Corte costituzionale, *ex multis*, Corte costituzionale: 148/1981, 826/1988, 112/1993, 122/2017

⁷⁹⁴ Alla luce del principio del pluralismo, la Corte costituzionale si è espressa a scapito della legittimità di operazioni di concentrazione che, seppur legittime in via di principio e vantaggiose dal punto di vista economico aziendale, non fosse in grado di garantire la sussistenza del più ampio numero di voci possibile in ragione delle frequenze a disposizione a tutela della primaria esigenza data dalla necessità di garantire pluralismo informativo e culturale. (Corte Costituzionale, 5-7 dicembre 1994, n. 420, punto 14.4 "considerato in diritto")

La valenza del principio e la sua efficacia devono passare attraverso la predisposizione di strumenti che garantiscano “*il maggior numero possibile di voci diverse*”⁷⁹⁵, di voci contrastanti, provenienti da sorgenti differenti, che assicurino un’informazione completa e differenziata agli utenti, dal punto di vista delle fonti e delle idee, in modo da stimolare riflessioni assai eterogenee che conducano alla più consapevole formazione dell’opinione propria di ogni utente.

L’esigenza costituzionale legata al pluralismo non può essere rispettata con la mera partecipazione delle frequenze disponibili da parte di un solo polo pubblico e uno privato⁷⁹⁶, in quanto l’effettività della diffusione e trasmissione di informazione è pietra miliare e elemento irrinunciabile ai fini della concretizzazione dei principi fondanti di uno Stato democratico⁷⁹⁷. Il diritto a essere informati, infatti, porta necessariamente con sé la legittima pretesa a conoscere liberamente il tenore delle idee che circolano all’interno della società⁷⁹⁸, una pretesa che mai potrebbe essere soddisfatta senza poter accedere al più vasto numero possibile di voci diverse. Risulta quindi evidente lo stretto legame intercorrente tra l’art 21 della costituzione e il principio del pluralismo informativo, suo irrinunciabile corollario.

Ciò posto, si deve ora analizzare quale sia il rapporto tra il pluralismo suddetto e il rischio di insorgenza di disordini informativi divulgati attraverso trasmissioni televisive, televisione che è, ancora oggi, uno strumento assolutamente preminente di trasmissione dell’informazione⁷⁹⁹. Ciò la rende un mezzo appetibile per chi diffonda, con o senza un preciso intento fraudolento, informazioni più o meno false o fuorvianti. A tal proposito, in televisione ma ancora di più in rete, è evidente che la garanzia effettiva di pluralismo direttamente proporzionale alla qualità dell’informazione provvista agli utenti, consente il confronto tra interpretazioni e valutazioni diverse in ordine a uno stesso fenomeno, consente la competizione tra verità diverse, verità che, secondo Hegel, non è mai statica, ma sempre in divenire in ragione dell’evoluzione dello spirito dell’uomo che la intuisce. È l’utente che, grazie all’accesso e alla ricezione di informazioni variegata, trae le sue conclusioni, non oggettivamente necessariamente vere, ma soggettivamente rispondenti alla propria idea, un’idea non autoindotta dalla manipolazione altrui rivolta a un preciso intento disinformativo, ma autonomamente dedotta dalla pluralità di notizie a propria disposizione.

⁷⁹⁵ Corte Costituzionale sentenza 112/1993

⁷⁹⁶ Corte costituzionale, 20 novembre 2002 n. 466, punto 8 “considerato in diritto”

⁷⁹⁷ Corte Costituzionale, 2-15 ottobre 2003, n.312 e 5-12 febbraio 1996, n. 29 citate dal punto 3.1 “considerato in diritto”, della sentenza 12 maggio 2005 n. 151. Qui la Corte specifica che, la tutela del pluralismo passa anche attraverso un esercizio unitario da parte dello Stato rivolte alla concretizzazione del principio, per questo legittima l’uniforma passaggio alle trasmissioni tramite digitale terrestre.

⁷⁹⁸ Corte Costituzionale, 31 luglio 2019, n. 206, punto 6.4 considerato in diritto

⁷⁹⁹ Per l’anno 2021 l’ISTAT ha rilevato un’altissima percentuale di utenti abituati a guardare tutti i giorni alla TV, utenti che coprono tutte le fasce di età. Circa l’87% della popolazione, dato risultato dalla media degli utenti di età diverse, guarda la televisione e circa il 70% lo fa tutti i giorni.

La libertà di manifestazione del pensiero e il pluralismo dell'informazione che si ha diritto di ricevere coinvolgono altri temi rilevanti e, per ciò che qui rileva, soprattutto l'alfabetizzazione degli utenti.

La capacità dei destinatari delle informazioni di vagliare l'attendibilità della fonte nonché dei fatti raccontati, delle notizie divulgate, delle idee espresse, è altro elemento imprescindibile affinché lo Stato effettivamente promuova l'uguaglianza sostanziale e rimuova gli ostacoli al pieno sviluppo della persona umana, di cui la coscienza critica fa parte.

Alla luce della necessità di fornire a tutti le conoscenze necessarie per un uso consapevole degli strumenti da cui si ricevono informazione, e una altrettanto consapevole interpretazione delle stesse, lo Stato deve predisporre le misure necessarie per formare e informare tutti allo sfruttamento delle risorse informative di cui dispone l'odierna società dell'informazione.

L'art 10 CEDU, pur tutelando in tutto e per tutto l'ampiezza del diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero, non esclude la possibilità per gli Stati di sottoporre a regime autorizzatorio l'attività di imprese attiva nell'ambito della diffusione radio, cinematografica o televisiva. Il regime autorizzatorio si inserisce tra gli strumenti di *command e control* messi in atto dallo Stato al fine di vigilare sul rispetto *ex ante* dei requisiti legislativi previsti per l'esercizio di quella determinata attività⁸⁰⁰. Risulta chiaro, infatti, che la radiodiffusione non può qualificarsi se non come attività chiusa rispetto al mercato, in quanto la limitatezza degli impianti e dello spazio a disposizione per la loro realizzazione, sempre nell'ottica del bilanciamento tra la necessità dei suddetti impianti e la tutela della salute, il che ha portato alla previsione di un vaglio all'ingresso dei soggetti da abilitarsi all'esercizio dell'attività cui aspiravano.

A comporre il sistema di informazione nell'ottica del pluralismo e della tutela dei diritti fondamentali, è sempre e comunque garantito un rilievo idoneo ai servizi di media audiovisivi e radiofonici di interesse generale, la cui qualificazione discende dall'applicazione dei criteri previsti dalle linee guida dell'AGCOM⁸⁰¹. Allo stesso modo, garantita la trasmissione in chiaro di informazioni relative a eventi di particolare rilievo sociale, inseriti in una lista appositamente redatta dal MISE, in collaborazione con l'AGCOM, che il ministero è deve sentire al tal fine⁸⁰².

La legge statuisce, inoltre, che, al fine di garantire i principi generali fissati dall'art 4, ossia quelli legati alle garanzia di pluralismo, imparzialità, obiettività e veridicità dell'informazione, lotta alla disinformazione, effettivo perseguimento di finalità informative, non tollera la sussistenza di posizioni dominanti nell'ambito della comunicazione di massa, cosa che altererebbe la pienezza del diritto a ricevere informazioni afferente agli utenti, che vedrebbero inevitabilmente ridotto il numero di voci e di relative verità cui attingere. Il pluralismo verrebbe, infatti, leso se legittima fosse la

⁸⁰⁰ Autorizzazioni e concessioni sono previste dal d.lgs. 208/2021 agli artt. 13 ss.

⁸⁰¹ Art 29, comma 1, d. lgs. 208/2021

⁸⁰² Art 33, comma 1, d lgs. 208/2021

realizzazione di una posizione dominante, con la conseguente sofferenza in termini di effettività del diritto a essere informati⁸⁰³.

Ora, se è vero che la pluralità delle fonti è fondamentale per un compiuto sviluppo di una coscienza critica, è anche vero che senza gli strumenti idonei a vagliare la qualità e la veridicità delle fonti, nonché l'autorevolezza della stessa, la trasmissione illimitata di informazioni e idee, che resta pietra miliare della società democratica, potrebbe condurre a involuzioni in senso opposto, impedendo un effettivo e libero esercizio dei diritti. In proposito, è necessario investire sempre più nell'alfabetizzazione mediatica e digitale degli utenti, di modo che siano in grado di tutelare se stessi, più efficacemente e preventivamente di quanto non possa farlo l'intervento statale, così da accrescere consapevolezza e, allo stesso tempo, grazie a questa, riempire di effettività il riconoscimento dei diritti fondamentali, in grado di essere esercitati *in toto*, anche in rete, da parte dei titolari aventi una conoscenza adeguata degli strumenti che quotidianamente utilizzano.

Ciò detto, la lotta alla disinformazione e la tutela dei diritti fondamentali sono argomenti sempre più pregnanti nel tema delle comunicazioni. Tale urgenza emerge anche dall'ultima relazione sui lavori trasmessa dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni al Parlamento, all'interno della quale l'autorità ricorda l'impegno da profondersi, in collaborazione con il Ministero dello sviluppo economico, al fine di determinare, attraverso linee guida, una serie di obblighi relativi all'erogazione del servizio pubblico, che siano inclusi nel nuovo contratto di servizio Stato –RAI, che tenga conto dell'evoluzione nella digitalizzazione con riguardo alla produzione dei contenuti. La predisposizione di un nuovo contratto è rivolta al perseguimento di una serie di obiettivi legati alla strumentalità delle piattaforme digitalizzate, come RAI play, all'accrescimento della coesione sociale, alla diffusione di cultura e formazione digitale tra i cittadini ma, soprattutto, a “*contrastare le derive della disinformazione*”⁸⁰⁴.

Nel parlare di derive della disinformazione non può non farsi cenno, brevemente, a quanto di recente accaduto contemporaneamente al diffondersi del virus SarsCov-19 e alla messa in commercio dei vaccini per la sua neutralizzazione.

1.3.2 La disinformazione ai tempi del COVID-19

L'emergenza pandemica cui si è fatto fronte a partire dal 2020, anno in cui la diffusione del virus in parola ha iniziato a prendere piede a livello globale, ha comportato una rilettura dei diritti di rango costituzionale e la limitazione di molti diritti fondamentali in virtù della necessità di arginare la portata catastrofica e letale della malattia che conseguiva al contagio.

⁸⁰³ Art 51, comma 1, d.lgs. 208/2021

⁸⁰⁴ Relazione annuale 2022, sull'attività svolta e sui programmi di lavoro del 29 luglio 2022, relativa al periodo compreso tra l'1 maggio 2021 e il 30 aprile 2022 – prefazione del Presidente

Tra i diritti maggiormente ristretti a seguito delle misure adottate dal Governo italiano, misure atte a scongiurare una sempre più capillare diffusione della malattia e a promuovere un, per quanto possibile, subitaneo ritorno alla normalità, devono necessariamente annoverarsi il diritto alla circolazione sancito *ex art 16* e la libertà di iniziativa economica privata regolata dall'art 41 della Costituzione. La prima si è vista significativamente limitata al momento del DPCM 9 marzo 2020, che ha reso tutta l'Italia una zona protetta, comportando l'obbligo di tutti gli abitanti di rimanere nelle proprie abitazioni salvo ragioni impellenti afferenti all'adempimento di obblighi lavorativi, ovvero per l'espletamento di attività attinenti ai bisogni primari. La seconda libertà è stata fortemente ristretta proprio in conseguenza delle misure di contenimento del contagio, in quanto il governo ha disposto la chiusura di tutte le attività commerciali non essenziali, riducendo così al minimo spostamenti e agglomerati di persone in locali commerciali.

Per ciò che interessa questa trattazione, un'ulteriore libertà, oggetto di un più penetrante e attento controllo da parte dell'Autorità amministrativa competente e dagli operatori privati interessati, è stata la libertà di manifestazione del pensiero, in ragione non solo di una pregnante e, in quel momento particolare, preminente esigenza di apprestare tutela piuttosto alla sua dimensione passiva relativa al diritto dei cittadini di essere informati correttamente, ma anche di un bilanciamento fortemente pendente a favore del diritto alla salute.

Come testimoniano numerose pronunce del giudice delle leggi, i diritti riconosciuti di rango costituzionale non possono essere posti in una rigida gerarchia che ne renda qualcuno sempre e comunque prevalente rispetto agli altri. In virtù di ciò, in situazioni ordinarie, effettuare un bilanciamento che sia coerente con i principi di proporzionalità e ragionevolezza significa scongiurare una totale prevalenza di un interesse rispetto agli altri valori, sempre di portata costituzionale, che si trovano con il primo in conflitto.

L'emergenza sanitaria vissuta ai tempi del Covid-19, soprattutto prima dell'avvento delle vaccinazioni atte a limitarne il contagio e a scongiurare le potenzialità fatali del parassita, ha condotto a un parziale ripensamento della lettura dei valori costituzionali, alla luce della prioritaria finalità di limitare la portata della malattia e della sua diffusione.

Con delibera 129/202/CONS⁸⁰⁵, l'AGCOM, proprio in ragione della straordinarietà della situazione di fatto, in atto al momento della deliberazione in parola, ha disposto che, con riguardo alla libertà

⁸⁰⁵ Delibera 129/2020/CONS, del 18 marzo 2020. La delibera dispone nel primo e unico art che: “I fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici sono invitati ad assicurare una adeguata e completa copertura informativa sul tema del “coronavirus covid19”, effettuando ogni sforzo per garantire la testimonianza di autorevoli esperti del mondo della scienza e della medicina allo scopo di fornire ai cittadini utenti informazioni verificate e fondate. 2. I fornitori di piattaforme di condivisione di video adottano ogni più idonea misura volta a contrastare la diffusione in rete, e in particolare sui social media, di informazioni relative al coronavirus non corrette o comunque diffuse da fonti non scientificamente accreditate. Le predette misure devono prevedere anche sistemi efficaci di individuazione e segnalazione degli illeciti e dei loro responsabili. 3. L'Autorità si riserva di verificare il rispetto del presente provvedimento attraverso

sancita ex art 21 della costituzione esercitata per mezzo di servizi audio-televisivi, radiofonici, ovvero per mezzo della rete, questa potesse soffrire una ragionevole limitazione in virtù delle contingenze pandemiche. La delibera ha ordinato che i servizi di media audiovisivi e radiofonici si impegnassero per fornire una copertura quanto mai adeguata e completa rispetto all'informativa inerente al tema del Covid-19, sforzandosi quanto necessario per diffondere testimonianze provenienti da autorevoli professionalità del settore medico, in grado di fornire agli utenti conoscenze "fondate e verificate". Allo stesso modo, si rivolge ai fornitori di piattaforme di condivisione video di modo che queste profondessero tutto lo sforzo utile al fine di scongiurare che circolassero in rete, soprattutto sui *social media*, notizie non veritiere e provenienti da fonti non accreditate in relazione alla diffusione del virus, prevedendo le opportune misure di segnalazione e repressione degli illeciti.

In una delibera di poco successiva⁸⁰⁶, la stessa Autorità disponeva la sospensione dell'attività di un'emittente televisiva, in ragione della necessità e urgenza di agire a tutela della salute pubblica e in considerazione dell'eccezionale gravità del comportamento adottato dal soggetto sanzionato, aggravato dalla sua attinenza al tema pandemico, particolarmente sensibile e caldo per via delle contingenze emergenziali ancora vivide.

Nel caso ivi analizzato, l'Autorità si occupa dell'irrogazione di una sanzione a carico di un'emittente televisiva che si era macchiata della diffusione di notizie false inerenti alla malattia da Covid-19, da parte di un soggetto privo di qualsiasi titolo legittimante l'autorevolezza delle sue dichiarazioni, per di più pubblicizzando, in seno allo stesso programma, la vantaggiosità dell'assunzione di integratori alimentari che si millantavano utili al contrasto del virus.

Dall'azione dell'AGCOM si comprende chiaramente quanto il diritto all'informazione degli utenti, tutelato come dimensione passiva della libertà di manifestazione del pensiero riconosciuta dall'art 21 della costituzione, in relazione al tema pandemico, fosse assolutamente pregnante e preminente rispetto alla tutela della stessa dimensione attiva espressa in termini di libertà.

Ciò non solo con riguardo alla portata, alla diffusione e alla dannosità del contagio dal covid-19, ma anche e soprattutto in relazione alle soluzioni apprestate per il rientro dell'emergenza sanitaria.

A livello globale, infatti, si è investito in una accelerata e incessante ricerca che desse il prima possibile i risultati sperati in termini di vaccinazioni efficaci avverso la diffusione del virus.

Proprio il tema dei vaccini è stato a oggetto di numerosissime discussioni e critiche con riguardo alla gestione legislativa legata agli obblighi vaccinali, e per questo profondamente segnato da mirate campagne di disinformazione volte alla disseminazioni di notizie dolosamente false che facessero in modo di ridurre, fino ad azzerarla, la fiducia collettiva nei confronti sia delle istituzioni e delle loro

la propria attività di monitoraggio e di assumere, in caso di inosservanza, le conseguenti determinazioni. Il presente provvedimento può essere impugnato innanzi al Tar del Lazio entro sessanta giorni dalla sua notifica.

⁸⁰⁶ Delibera n. 153/2020/CONS, del 7 aprile 2020

raccomandazioni concernenti la necessità di sottoporsi a vaccinazione, che delle case farmaceutiche autrici dei diversi vaccini in circolazione. La diffusione di sfiducia su larga scala comportava un impatto evidentemente negativo e dilagante a livello di tutela della salute pubblica, salute che è un preciso dovere dello Stato salvaguardare in ragione dell'art 32 della Costituzione, nella sua dimensione individuale e collettiva.

Le tesi divulgate dai cosiddetti “no vax”, non quali libere espressioni di una propria idea, ma quali artefatte diffusioni di notizie in tutto e per tutto contrastanti con i risultati emersi a seguito di ricerche e test scientifici nel settore, certamente minavano al raggiungimento del risultato globalmente auspicato, quello dell'immunità di gregge rispetto alla diffusione del virus, in grado di consentire non solo un graduale azzeramento delle misure di contenimento dell'emergenza pandemica, ma anche la riduzione della pressione ospedaliera grazie all'affievolimento dei sintomi da contagio, nonché la drastica limitazione delle conseguenze fatali dello stesso.

La necessità di arginare la diffusione di notizie, scientificamente false e miratamente manipolate, per veicolare le scelte degli utenti in direzione opposta rispetto a quella istituzionalmente auspicata, giustifica la gerarchizzazione degli interessi in gioco al momento dell'emergenza, assicurando netta preminenza al diritto alla salute, di certo coerente con l'ispirazione democratica degli Stati europei⁸⁰⁷. L'informazione e la disinformazione, come emerge da una recente pronuncia del Consiglio di Stato, sono strettamente connesse al tema della democrazia, una democrazia che si preoccupa di salvaguardare la salute collettiva, all'insegna di un ragionevole bilanciamento tra i diversi valori in gioco⁸⁰⁸, quale quello all'autodeterminazione.

In ragione della preminente necessità, relativa alle contingenze, di tutelare la salute pubblica, è inoltre ammesso un eventuale sacrificio della salute individuale, fermo restando il diritto all'indennizzo da parte dello Stato che abbia raccomandato o imposto la sottoposizione dei cittadini a una determinata vaccinazione⁸⁰⁹.

Ciò detto, è bene precisare che un eventuale sacrificio di tal tipo non è mai stato acclarato da ricerche scientifiche che anzi, come ricorda la stessa Corte Costituzionale, depongono in senso opposto⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ V. Zeno-Zenovich, *La disciplina della comunicazione in base al suo contenuto. Una proposta di inquadramento sistematico*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 3/2020.

A proposito della tutela della salute nella sua dimensione solidaristica, quindi collettiva, il consiglio di Stato si è espresso legittimando l'adozione da parte del legislatore dell'obbligo di vaccinazione per il personale sanitario, rilevando l'assenza di qualsivoglia spazio per l'esitazione vaccinale, dovendo il bilanciamento tra delicati valori in gioco, quello alla autodeterminazione e quello alla tutela della salute, pendere come previsto dal legislatore, a favore della salvaguardia della salute pubblica, anche in ragione della necessità di tutelare i pazienti dalla dannosità dei propri stessi medici, ove costoro fossero autorizzati a rifiutare il vaccino. (Consiglio di Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045)

⁸⁰⁸ Consiglio di Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045

⁸⁰⁹ Ex multis, Corte costituzionale, 2 maggio 2012, n. 107; 24 gennaio 2018, n. 5; 24 giugno 2020, n. 118

⁸¹⁰ Corte Costituzionale n. 5/2018, punto 8.2.3 considerato in diritto

Ciò comporta una stringente necessità di avversare la disinformazione in materia vaccinale così da riuscire nell'obiettivo di salvaguardare la salute collettiva.

In virtù di ciò, infatti, nonostante quanto affermato dalla Corte costituzionale in ordine alla necessità di scongiurare una tale espansione di un diritto costituzionalmente tutelato da consentire allo stesso di assumere una posizione tirannica, in tal caso, la fundamentalità asseritamente attribuita da parte della costituzione al diritto alla salute, riconosciuta dalla CDFUE all'art 35⁸¹¹ nonché suffragata dalla previsione per cui la salute è qualificata quale componente da tutelare a livello integrato, nell'esplicazione di tutte le altre politiche dell'Unione⁸¹², unita alla portata catastrofica dell'emergenza pandemica, giustifica una restrizione della libertà di manifestazione del pensiero, soprattutto se perpetrata attraverso mezzi di divulgazione diffusi su larga scala e idonei a raggiungere un numero potenzialmente elevatissimo di persone.

A tal proposito, come ricordato in seno alle delibere citate dell'Autorità, già l'art 36 bis del d.lgs. 177/2005⁸¹³ disponeva che i fornitori di servizi di media audiovisivi e radiofonici soggetti alla giurisdizione italiana dovessero astenersi dall'incoraggiare comportamenti pregiudizievoli per la salute e la sicurezza⁸¹⁴. Tale disposizione, unita a quanto sancito dal precedente art 3 dello stesso atto legislativo, inerente ai principi fondamentali ordinatori rispetto alla disciplina dei servizi in questione, che tutelava il diritto di ricevere informazioni complete, leali e imparziali, evidentemente promuoveva un controllo e la lotta contro la diffusione di notizie che risultassero contrarie rispetto ai principi ivi sanciti. Le disposizioni suddette sono state abrogate dal nuovo testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi, ossia il d.lgs. n. 208/2021⁸¹⁵, il quale tra i principi generali annovera oggi *“il contrasto alle strategie di disinformazione”*. Ciò in quanto si è intesa la potenzialità delle campagne disinformative portata avanti da strumenti diffusivi su larga scala, se ne è acclarata la dannosità e la qualificazione di arma utile a combattere le guerre moderne, istaurate soprattutto a livello mediatico ma capaci di alterare gravemente gli equilibri istituzionali internazionali⁸¹⁶.

Oggi, le campagne disinformative condotte dalla Russia al fine di veicolare il consenso dei propri cittadini in ordine al conflitto armato avverso lo Stato ucraino, costituisce una più recente e ulteriore prova di quanto la disinformazione sia un tema quanto mai attuale, un problema peculiare della

⁸¹¹ Il quale sancisce il diritto di ogni persona “di accedere alla prevenzione sanitaria e ottenere cure mediche”

⁸¹² Art. 168 TUE, paragrafo 1: “Nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche dell'Unione è garantito un elevato livello di tutela della salute”.

⁸¹³ D.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici, integralmente abrogato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 208

⁸¹⁴ Art 36 bis, comma 1 lett c) n. 3, d.lgs.177/05

⁸¹⁵ D.lgs. 8 novembre 2021 n. 208, attuazione della direttiva (UE)2018/1808 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato.

⁸¹⁶ A proposito della disinformazione quale arma si veda la sentenza del Tribunale dell'Unione Europea (Grande Sezione) 27 luglio 2022, nella causa T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483

società dell'informazione, problema che deve essere affrontato con i giusti strumenti, per evitare che un eccessivo o accanito controllo si risolva davvero in una limitazione illegittima della libertà di espressione, ma che siano comunque idonei a salvaguardare il diritto di essere informato, diritto funzionale all'esercizio di tutti quei diritti fondamentali appartenenti all'Uomo, compresi i diritti politici, essenza della democrazia. La divulgazione dolosa di notizie false toglie il potere sovrano al popolo, che è tale per costituzione⁸¹⁷, per deviarlo verso i produttori di notizie manipolate in grado di influenzare l'autodeterminazione di soggetti su scala nazionale, se non internazionale e globale.

Ciò posto, da quanto detto risulta evidente che l'arma della disinformazione, attuata mediante la diffusione di informazioni dolosamente manipolate in modo da renderle non veritiere e limitare la capacità di autodeterminazione degli utenti, non solo attenta, a seconda delle circostanze, al libero esercizio del diritto di voto, piuttosto che all'autodeterminazione o al diritto alla salute dei destinatari dell'informazione manipolata, ma limita la portata dei valori democratici e costituzionali, risolvendosi in un vero e proprio attentato alla democrazia.

Le potenzialità di una disinformazione capillare si comprendono anche guardando alla stessa quale arma non solo potenzialmente distruttiva, ma anche latente e spesso occultata dietro la credibilità che alla notizia e alla sua fonte viene attribuita dagli stessi utenti, che non dubitano, non criticano, non riflettono, ma si lasciano trasportare da quanto letto spesso in rete, attraverso intelligenze artificiali che garantiscono loro un'esperienza personalizzata, facendo sostanzialmente leggere ciò che gli utenti vogliono veder scritto e sentire ciò che li rassicura udire.

In virtù della personalizzazione delle esperienze, viene meno la facoltà del soggetto di accedere a una pluralità di fonti informative, a tutela appunto del principio del pluralismo, rivolto a incentivare lo sviluppo di una coscienza critica, la facoltà di accedere a informazioni che siano il più possibile complete anche rispetto alle diverse voci afferenti alla società, sempre nell'ottica di promuovere un'autonoma valutazione delle stesse e assumere una propria idea nel merito. Tale principio, però, piuttosto che essere implementato a seguito dell'approccio a un modello orizzontale di produzione delle notizie, è in realtà limitato dalla chiusura degli utenti nella propria "bolla virtuale" che limita l'accesso alle informazioni che la rete seleziona in base alle proprie inclinazioni e interessi, assunte tramite il controllo dell'attività dello stesso utente sulla rete⁸¹⁸.

Alla luce della necessità di arginare e combattere il fenomeno disinformativo, si andranno ora ad analizzare i più recenti interventi messi in atto a livello sovranazionale per il raggiungimento di tale scopo.

⁸¹⁷ Art 1 della costituzione italiana

⁸¹⁸ Sul tema, C. Valditara, *op. cit.*

2. Gli interventi Europei avverso il problema informativo

La complessità dei fenomeni di disordine informativo e, in particolare, il legame tra democrazia e disinformazione comporta un necessario intervento sovranazionale a tutela dei valori fondanti di quella che oggi è l'Unione Europea. Essa si pone in prima linea nella promozione della consapevolezza, del libero esercizio dei diritti e dell'informazione, il cui diritto è riconosciuto e tutelato *ex art 11* della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE).

La manipolazione delle notizie, elemento cardine della concretizzazione del fenomeno disinformativo, soprattutto se seguita da una divulgazione in rete delle informazioni contraffatte, ha un significativo impatto, idoneo a superare abbondantemente i confini nazionali, per riverberarsi a livello europeo e internazionale.

Le potenzialità di *internet*, infatti, rendono la rete per sua natura in grado di abbattere ogni confine, il che risulta da una parte utile e congeniale alla realizzazione di un mondo globalizzato, ma dall'altra parte accresce i riflessi negativi derivanti dalla diffusione di una notizia non veritiera, capace di diffondersi su larga scala e in brevissimo tempo. Tale eventualità, soprattutto nell'area UE, zona di esercizio di libertà fondamentali nonché di diritti, anche politici, che riguardano tutti gli Stati membri e i relativi cittadini, influenza e danneggia il pieno sviluppo e il corretto andamento della politica europea, del mercato interno, comportando un'importante contrazione delle garanzie di sicurezza nell'esercizio delle libertà fondamentali. Alla lesione dell'autodeterminazione e del diritto a essere informati concorre il carattere ineludibilmente doloso della disinformazione, da cui deriva la volontà di chi divulga una notizia di alterarla affinché essa giunga ai destinatari in maniera tale da influenzarne subdolamente l'esercizio dei diritti e di lederne il diritto a un'uniforme informazione leale, completa e imparziale⁸¹⁹. La contraffazione *ad hoc* delle informazioni induce la deviazione dell'autodeterminazione voluta dallo sviamento, di modo da confinare e far perdere di efficacia al riconoscimento delle libertà fondamentali e ai principi democratici su cui l'unione si fonda.

Democrazia, pluralismo, coesione, solidarietà tra i diversi popoli d'Europa non possono che far emergere l'estremo disvalore sociale che assume l'atteggiamento di chi, in maniera latente e subdola, manipoli notizie al fine di perpetrare la diffusione di informazioni alterate, idonee a falsare i processi informativi e il conseguente esercizio di diritti politici e sociali e delle libertà fondamentali nell'area UE.

Lo sviluppo tecnologico e, soprattutto, l'esponenziale evoluzione dei servizi di rete, di *internet* e delle relative potenzialità, anche in quanto riconosciute come foriere di opportunità di maggiore implementazione delle quattro libertà fondamentali, nonché utili al perseguimento di una sempre maggiore coesione del mercato interno, e prodromiche rispetto all'accrescimento della qualità della

⁸¹⁹ Art 4, comma 1, d.lgs. 208/2021

vita e dei vantaggi che da tali servizi i cittadini dell'Unione avrebbero potuto trarre, ha portato le istituzioni sovranazionali a delineare sin dal 2000⁸²⁰ una normativa che regolasse il commercio interno al mercato unico europeo, in coerenza rispetto alla formazione della cosiddetta società dell'informazione.

Si andrà ora ad analizzare il disposto della direttiva 2000/31/CE e il suo recepimento nello Stato italiano, quale atto regolatore dei servizi della società dell'informazione, rivolta alla implementazione e alla salvaguardia della coesione dei popoli europei, abbattendo le barriere geografiche e contribuendo all'incremento dei posti di lavoro e dell'investimento votato allo sviluppo.

2.1 La direttiva 2000/31/CE e il suo recepimento

L'8 giugno 2000 il Parlamento Europeo e il Consiglio emanano la direttiva n. 31, detta direttiva sul commercio elettronico, rivolta alla regolamentazione dei cosiddetti servizi della società dell'informazione, i quali vengono definiti come servizi, di qualunque genere, erogati dietro corrispettivo, a distanza e per via elettronica, dietro richiesta individuale di un destinatario di servizi⁸²¹.

⁸²⁰ Direttiva del Parlamento Europeo e del consiglio n. 2000/31/CE, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico"), recepita in Italia tramite il d. lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico).

⁸²¹ Art 1 paragrafo 2, della direttiva n. 98/34/CE, come modificato dalla direttiva n. 98/48/CE. Il paragrafo continua definendo le nozioni di "distanza", "per via elettronica" e "a richiesta individuale" ai fini della corretta comprensione della definizione apprestata dalla norma. La disposizione sancisce che per "distanza" si intende un servizio che viene reso in assenza della simultanea presenza di fornitore e destinatario; con la locuzione "per via elettronica", si fa riferimento a un servizio che sia inviato e ricevuto tramite sistemi di trattamento elettronico e di memorizzazione di dati, servizio che deve essere interamente trasmesso, inoltrato, ricevuto, attraverso la fruizione di "fili, radio, mezzi ottici o altri mezzi elettromagnetici"; "a richiesta individuale di un destinatario di servizi" equivale a dire che il servizio deve essere fornito mediante la condivisione e trasmissione di dati su richiesta individuale.

La nozione ivi contenuta di "servizi della società dell'informazione" è pedissequamente riportata all'interno dell'art 1, comma 1, lett. b), della L. 21 giugno 1986, n. 317, disposizioni di attuazione di disciplina europea in materia di normazione europea e procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione.

La definizione fornita dalla direttiva europea suddetta viene richiamata dall'art 2 della direttiva 2000/31/CE, il quale è riportato in ambito nazionale tramite il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, all'art 2, comma 1, lett a), il quale, nel definire "i servizi della società dell'informazione, chiarisce che si tratta di tutte le "attività economiche volte in linea – on line- nonché i servizi definiti dall'art 1, comma 1, lett b) della legge 317/1986.

La definizione della direttiva 98/34/CE è oggi riportata in seno a una più recente Direttiva (Direttiva del Parlamento Europeo e del consiglio del 9 settembre 2015 n. 1535, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione, art 1, paragrafo 1, lett b). Tale disposizione è richiamata dal recentissimo Regolamento 2022/2065 di cui si parlerà nel paragrafo 3.2

A ciò si aggiunga quando previsto dal considerando n. 18 della direttiva del 2000, il quale al di là della definizione dei servizi elenca a livello esemplificativo una serie di attività rientranti nella nozione di servizi della società dell'informazione, i quali comprendono "una vasta gamma di attività economiche svolte on-line". Tra queste possono annoverarsi, come asserito dal considerando, la vendita in linea di merci, l'offerta di informazioni o comunicazioni commerciali, la fornitura di strumenti per la ricerca, l'accesso, ovvero il reperimento di dati, lo stoccaggio di informazioni fornite da un destinatario di servizi (definito ex art. 2, lettera d) della direttiva come colui il quale utilizza un servizio della società dell'informazione con lo scopo di ricercare o rendere accessibili informazioni) I servizi della società dell'informazione.

La normativa promuove la rimozione di qualunque ostacolo giuridico che impedisca la piena realizzazione di un mercato interno funzionante che stimoli l'esercizio delle libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi⁸²².

La disciplina dettata dalla direttiva in parola in ordine ai servizi della società dell'informazione, dichiara *expressis verbis* di essere votata al riconoscimento della libertà di circolazione di tali servizi, la quale può spesso coinvolgere il riconoscimento e la tutela di un ulteriore diritto fondamentale, quello alla libertà di espressione. Essa, come ricorda il considerando n. 6, è salvaguardata dalla norma contenuta all'interno dell'art 10 CEDU, convenzione di cui ogni Stato membro risulta parte. Tale ultima disposizione, al paragrafo 2, legittima l'introduzione di strumenti formali, condizioni o sanzioni previste *ex lege*, limitando di fatto un esercizio pienamente libero della propria libertà espressione, in virtù della della necessità di tutela di altrettanto importanti valori, come la tutela della sicurezza, della salute, della morale o della reputazione individuale. Tali limitazioni, in ragione della loro potenziale dannosità rispetto all'esercizio di una libertà fondamentale e, in virtù dello stretto legame con il concetto di democrazia, devono essere soggette a un regime particolarmente rigoroso⁸²³.

La direttiva in parola, in ogni caso, esclude che gli Stati membri possano subordinare l'accesso all'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione all'ottenimento di un'autorizzazione *ex ante*, ovvero di strumenti equivalenti⁸²⁴. Ciò, non tanto a tutela della libertà di espressione, ma piuttosto per evitare che siano frapposti e non abbattuti gli ostacoli giuridici che comportano una sofferenza del mercato interno rispetto al buon funzionamento e svolgono un effetto potenzialmente dissuasivo e non incentivante rispetto all'esercizio della libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi. La direttiva, invece, mira proprio a consentire l'integrazione delle potenzialità del mercato interno con i vantaggi del commercio elettronico e della prestazione di servizi online, di modo da accrescere sempre più la coesione socio-economica degli Stati membri e abbattere barriere potenzialmente divisorie in ogni settore.

Ciò posto, in relazione al legame tra lo svolgimento dell'attività di prestazione di servizi della società dell'informazione con l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, la direttiva esclude espressamente che il suo intervento si riverberi anche con riferimento ai principi nazionali in materia di libera manifestazione del pensiero ma anzi, in attuazione del principio di proporzionalità, si limita a statuire quanto necessario per garantire il corretto funzionamento del mercato interno⁸²⁵.

⁸²² Considerando n. 5 direttiva 2000/31/CE

⁸²³ In tal senso, Corte EDU, seconda sezione, 18 dicembre 2012, Ahmet Yildirim c. Turchia, paragrafi 47 e 64

⁸²⁴ Art 4, paragrafo, 1, direttiva 2000/31/CE, rubricato "principio dell'assenza di autorizzazione preventiva", il quale fa salve però e autorizzazioni inerenti al settore delle telecomunicazioni (art 4, paragrafo 2). Il principio era anticipato già dal considerando n. 28 della stessa direttiva ed è trasposto in ambito nazionale *ex art.* 6 del d.lgs. 70/2003

⁸²⁵ Considerando n. 10 direttiva 2000/31/CE

Il suo ambito di applicazione riguarda unicamente l'erogazione dei servizi in linea (*online*), servizi di vendita come di pubblicità, informazione o conclusione di contratti, il cui svolgimento è da controllarsi *ex ante* in ragione dell'esigenza di assicurare una completa e idonea tutela agli obiettivi di interesse pubblico⁸²⁶. Tale controllo è da perpetrarsi da parte dell'Autorità competente nello Stato membro all'interno del quale i servizi hanno origine, ferma restando la legislazione statale nell'ambito dell'ordinamento penale relativa all'investigazione e al perseguimento di eventuali reati commessi nell'espletamento di tali servizi.

Ciò posto, è ora utile delineare le definizioni, predisposte dalla normativa europea e trasposte in quella italiana, al fine di meglio comprendere la portata della disciplina e la sua connessione con il tema della disinformazione, oltre che con l'asserito legame con la libertà di manifestazione del pensiero.

In primis è da chiarire cosa si intenda per "prestatore di servizi" ossia colui che svolge attività rientranti nella suddetta nozione di "servizi della società dell'informazione".

Ai fini della direttiva n. 31 del 2000, con "prestatore di servizi" della società dell'informazione si intende una persona, sia fisica che giuridica, che svolge un'attività conforme alla definizione relativa ai servizi della società dell'informazione⁸²⁷, potendo anche essere qualificato come prestatore stabilito, ove l'attività attinente all'erogazione di servizi della società dell'informazione sia esercitata per mezzo di una stabile organizzazione a ciò rivolta a tempo indeterminato⁸²⁸.

Un'ulteriore specificazione, per comprendere a pieno la portata della normativa inserita all'interno della direttiva in parola, concerne le definizioni di "destinatario del servizio" e "consumatore". Il primo coincide con un soggetto che sfrutti il servizio reso a fini di ricerca o di divulgazione di informazioni, indipendentemente dal fatto che tale attività sia svolta o meno per scopi professionali. La definizione ha una portata assai ampia, comprendendo qualsiasi genere di fruizione legata ai servizi resi dalla società dell'informazione⁸²⁹. Il secondo, invece, si sostanzia in qualunque persona fisica che agisca per scopi estranei all'attività imprenditoriale, professionale o commerciale eventualmente svolta⁸³⁰.

La disciplina comunitaria, coerentemente con l'obiettivo di creare e promuovere la formazione di un mercato interno unico, promuove la libera circolazione dei servizi offerti dalla società dell'informazione, mirando a garantire lo sfruttamento del pieno potenziale del mercato interno da parte del commercio elettronico⁸³¹, fa divieto agli Stati membri di limitare la libera circolazione di

⁸²⁶ Considerando n. 22 direttiva 2000/31/CE

⁸²⁷ Art. 2, lett b) direttiva 2000/31/CE, art 2, comma 1, lett. b) d.lgs.70/2003

⁸²⁸ Art. 2, lett c) Direttiva 2000/31/CE, art 2, comma 1, lett c), d.lgs. 70/2003

⁸²⁹ Considerando n. 20 direttiva 2000/31/CE

⁸³⁰ Tali definizioni sono contenute rispettivamente nell'art 2, lett. d), e) della direttiva 2000/31/CE, art 2, comma 1, lett d), e), del d.lgs. 70/2003

⁸³¹ Considerando n. 4, direttiva 2000/31/CE

servizi di tal tipo provenienti da diversi Stati membri⁸³². Tale divieto è sempre vigente, tranne ove sia necessario derogarvi in ragione della tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza e della salute pubblica, ovvero a protezione dei consumatori⁸³³.

Per quanto riguarda gli obblighi informativi, la direttiva prevede diversi oneri di tal genere da adempiersi da parte del prestatore dei servizi in modo chiaro, trasparente e inequivocabile, a tutela delle attività svolte dal destinatario dei servizi e per apprestare la giusta protezione ai consumatori. Gli obblighi informativi sono distinti in informazioni generali obbligatorie e obblighi informativi per la comunicazione commerciale, disciplinati rispettivamente agli artt. 7 e 8 del d.lgs. 70/2003⁸³⁴.

Il primo statuisce in ordine alle informazioni che il prestatore di servizi deve sempre mettere a disposizione dei destinatari del servizio della società dell'informazione e delle Autorità competenti, da aggiornarsi costantemente, informazioni che riguardano le generalità del prestatore stesso, l'ordine professionale e il relativo Stato membro di appartenenza, l'indicazione chiara e inequivocabile di prezzi e tariffe afferenti ai diversi servizi resi, nonché l'indicazione delle attività legittime da parte del dei destinatari e dei consumatori.

La seconda norma, invece, dispone in ordine agli obblighi di informazione per le comunicazioni commerciali, facenti parte di quelle rientranti nella nozione di servizi della società dell'informazione. Sono comunicazioni commerciali tutte le "forme di comunicazione" che siano rivolte direttamente o indirettamente, alla promozione di beni, servizi o immagine relativi ad un'impresa, a un'organizzazione o a una persona esercente un'attività commerciale, industriale, artigianale o una libera professione⁸³⁵. Le comunicazioni commerciali afferenti a servizi della società dell'informazione, devono sempre contenere un'informativa che rechi le evidenze idonee a chiarire: a) che si tratti di una comunicazione commerciale; b) quale sia la persona fisica o giuridica per conto della quale si effettua la comunicazione; c) che si tratti eventualmente di un'offerta promozionale o d) di concorsi o giochi promozionali, se consentiti. L'invio di comunicazioni commerciali da parte dei prestatori, comunicazioni che non siano state sollecitate, devono inequivocabilmente essere identificate come tali, e indicare *expressis verbis* il diritto di chi riceva il messaggio di opporsi alla ricezione di comunicazioni dello stesso tenore in futuro⁸³⁶.

Ulteriori informazioni da rivelarsi da parte del prestatore sono quelle da fornirsi preliminarmente alla conclusione del contratto, prima che il destinatario del servizio proceda con l'inoltro dell'ordine.

Tale obbligo informativo attiene alla comunicazione chiara e inequivocabile delle modalità con cui il contratto concluso verrà archiviato, nonché le modalità di accesso, le modalità attraverso cui il

⁸³² Art. 3, paragrafo 2, Direttiva 2000/31/CE

⁸³³ Art. 3 paragrafo 4, direttiva 2000/31/CE e art 5, comma 1, lett. d), d.lgs.70/2003.

⁸³⁴ Che traspongono rispettivamente gli artt. 5 e 6 della direttiva n. 31 del 2000

⁸³⁵ Art 2, lett f), direttiva 2000/31/CE, e art 2, comma 1, lett f), d.lgs.70/2003

⁸³⁶ Art. 9 d.lgs. 70/2003, che traspone l'art 7 della direttiva 2000/31

destinatario può modificare dati inesatti prima di inoltrare l'ordine al prestatore, i codici di condotta cui eventualmente quest'ultimo aderisce e le modalità di accesso a questi, le lingue di cui si può fruire per la conclusione del contratto e l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie⁸³⁷. Gli obblighi informativi previsti dalla direttiva sono rivolti all'erogazione di servizi nell'ambito di un mercato efficiente e correttamente funzionante, che tuteli le ragioni di entrambe le parti, promuovendo un'azione all'insegna della trasparenza e della leale collaborazione, collaborazione che è richiesta anche agli Stati membri al fine di rintracciare e punire eventuali infrazioni che pregiudichino gli obiettivi di interesse pubblico perseguiti dalla normativa europea. Ciò posto, si andrà ora ad occuparsi della responsabilità dei prestatori di servizi della società dell'informazione, con particolare riguardo alla responsabilità in ordine alla divulgazione tramite le loro piattaforme di informazioni volutamente false, che contribuiscono a realizzare un clima disinformativo che, per ciò che qui interessa, lede il libero esercizio dei diritti.

2.1.1 Le piattaforme online, la loro responsabilità e il *private enforcement*

I prestatori di servizi della società dell'informazione possono essere classificati, sulla base della distinzione emergente dalle disposizioni della direttiva n. 31 del 2000 della comunità europea che ne regolano la responsabilità, in tre diverse categorie: a) prestatori detti "*mere conduit*"; b) i *caching provider*; c) gli *hosting provider*.

I primi, regolati dall'art 12 della direttiva e dall'art 14 del d.lgs. che la traspone nell'ordinamento nazionale, erogano un servizio della società dell'informazione che si riduce alla semplice **trasmissione di informazioni** allegate da parte di un destinatario del servizio su una rete di comunicazione, ovvero alla **fornitura dell'accesso** alla stessa rete di comunicazione. Tali prestatori svolgono un'attività di mera intermediazione tra i destinatari del servizio e i consumatori, con la trasmissione delle informazioni o la fornitura dell'accesso, attività in cui è ricompresa l'attività di memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, al solo scopo della trasmissione e unicamente per il tempo necessario alla stessa⁸³⁸. I prestatori "*mere conduit*" sono, per espressa previsione legislativa, esentati dalla responsabilità relativa alle informazioni trasmesse, purchè: non diano origine alla trasmissione; non selezionino il destinatario del servizio da cui le informazioni provengono; e non selezionino o modifichino le informazioni trasmesse. La modifica delle informazioni va intesa a livello sostanziale, non rilevando al contrario le modifiche dovute e manipolazioni che siano di carattere esclusivamente tecnico, che evidentemente non alterano la

⁸³⁷ Art 12 d.lgs. 70/2003

⁸³⁸ Disposizione coerente con i principi di limitazione della finalità e della conservazione, espresse in relazione al trattamento dei dati personali in seno al Regolamento Europeo per la protezione dei dati personali (Reg. 2016/679/UE). secondo tali principi, il trattamento non può eccedere quanto necessario per le finalità cui è rivolto e non può andare oltre il tempo necessario alla concretizzazione delle suddette finalità.

sostanza dell'informazione in questione⁸³⁹. Qualora l'Autorità amministrativa competente per la vigilanza o l'autorità giudiziaria rilevino violazioni, queste possono imporre al prestatore di impedire o far cessare le violazioni stesse durante l'attività di memorizzazione delle informazioni da trasmettere sulle reti di comunicazione.

Una responsabilità intermedia è prevista, dall'art 13 della direttiva e 16 del d.lgs. 70/2003, per la seconda tipologia di prestatori, detti “*caching provider*”, i quali erogano il servizio della società dell'informazione attraverso una contestuale memorizzazione automatica, in via intermedia e temporanea, nonché su richiesta dei destinatari del servizio, dei contenuti da trasmettere sulle reti di comunicazione, in modo da efficientare il successivo inoltro ad altri e diversi destinatari⁸⁴⁰. In tal caso, la responsabilità del *provider* è esclusa *ex lege* solo ove ricorrano una serie di condizioni, più numerose e stringenti rispetto a quelle previste per il prestatore “*mere conduit*”⁸⁴¹, delineando un regime intermedio di responsabilità tra il primo e il terzo tipo di provider, quest'ultimo comprendente i prestatori che è difficile siano esentati dalla responsabilità in ragione delle informazioni trasmesse. I cosiddetti “*hosting provider*” svolgono un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione delle informazioni fornite da un destinatario del servizio. In ragione della minore neutralità che una memorizzazione potenzialmente definitiva comporta in relazione alle informazioni oggetto della memorizzazione stessa, gli *hosting provider* sono destinatari di un regime di responsabilità piuttosto ampia, esclusa solo ove non siano effettivamente a conoscenza che l'attività o l'informazione è illecita e se, non appena ne vengano a conoscenza, su comunicazione delle autorità competenti, si attivino immediatamente per deindicizzare le informazioni o disabilitarne l'accesso. Nell'abito dei prestatori di servizi della società dell'informazione detti “*hosting*”, in dottrina e giurisprudenza è invalsa la distinzione tra hosting attivi e passivi. Questi ultimi sono coloro i quali si

⁸³⁹ Considerando n. 43, direttiva n. 31 del 2000

⁸⁴⁰ Tale *modus operandi* è tipico del funzionamento dei motori di ricerca come Google o Bing, i quali attraverso *software* chiamati *spider*, ricercano e memorizzano temporaneamente le informazioni disponibili sul *web*, per poi indicizzarle in un *database* che viene costantemente aggiornato in modo da inoltrare all'utente che compia una ricerca, il risultato più pertinente. In proposito, A. Bellan, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet - il commento*, in *Il diritto industriale*, 3, 1 maggio 2012. Va aggiunto tuttavia che l'evoluzione tecnologica e l'implementazione delle potenzialità dei motori di ricerca comporta l'impossibilità di esimersi, oggi, dal considerarli quali “*gatekeeper*” delle informazioni, espressione con cui si intende rimandare alla gestione dell'ingresso delle informazioni nel circuito democratico, che comporta la perdita della neutralità da parte del gestore e il suo assurgere a hosting attivo, che deve garantire la stessa attività non solo in positivo, al momento della diffusione delle informazioni, ma anche in negativo, ove ne venga richiesta la cancellazione. Sul tema: Avvocato Generale G. Pitruzzella, conclusioni del 7 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:271, sul procedimento C-460/20 all'ingresso e all'uscita che la responsabilità dei motori di ricerca

⁸⁴¹ Per i “*caching provider*”, la legge prevede che vadano esenti da responsabilità solo ove: non modifichino le informazioni; si conformino alle condizioni di accesso alle informazioni; si conformino alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; non interferiscano con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione. (art. 15, comma 1, d.lgs. 70/2003)

limitano allo svolgimento di un'attività di memorizzazione meramente tecnica, svolta in maniera automatica e passivamente. Al contrario, l'*hosting* attivo agisce in maniera tale da non potersi qualificare la sua attività come meramente tecnica, concretizzandosi invece in una condotta attiva che ne comporta la complicità nella commissione dell'illecito, in quanto la connotazione dell'attività in termini attivi fa emergere la possibilità di conoscere e controllare, da parte del prestatore, le informazioni che memorizza⁸⁴².

Il fondamento di tale ulteriore distinzione, non espressamente presa in considerazione dal testo della direttiva n. 31 del 2000, si ricava dalla lettera del considerando n. 42. Questo stabilisce che il prestatore vada esente da responsabilità, derogando al regime previsto dall'atto legislativo, solo ove la sua attività si riduca a essere meramente tecnica, automatica e passiva. Tale eccezione costituisce lo specchio dell'esistenza di una classificazione ulteriore e diversa che discerna i *provider* che pongano in essere condotte attive, esulando e fuoriuscendo dalla mera messa a disposizione di una rete di comunicazione in cui trasmettere o memorizzare informazioni al fine di efficientare tali ultime attività, da quelli che si limitino a fornire una prestazione tecnica⁸⁴³.

Solo ove il *provider* non risulti aver posto in essere una condotta attiva che lo avrebbe portato a potere e dovere conoscere il contenuto delle informazioni trasmesse o memorizzate, potendo sulle stesse esercitare un diretto controllo, esso potrà beneficiare del regime di esenzione. Diversamente, ove dovesse perdere la neutralità richiesta, tra le righe, dal considerando n. 42, al fine di concedere una deroga rispetto alla disciplina prevista dalla direttiva in materia di responsabilità o, meglio, in merito alle condizioni che si ritiene di fissare per qualificare in termini di liceità l'attività svolta dal gestore⁸⁴⁴, verrebbe meno la possibilità di inquadrarlo come soggetto *super partes*, dovendo conseguentemente attribuirgli la responsabilità che deriva dalla commissione dell'illecito. L'esenzione dalla responsabilità è in ogni caso esclusa ove il destinatario del servizio agisca sotto il controllo o previa direzione del prestatore, in quanto se il *provider* deliberatamente collabora con il destinatario del servizio da esso erogato, è evidente che l'attività non possa sussumersi in quella svolta da chi si limiti alla trasmissione o alla memorizzazione temporanea delle informazioni.

⁸⁴² La CGUE ricorda che, ai fini dell'attribuzione della responsabilità, si deve verificare se l'attività di memorizzazione di meramente automatica e passiva, di fatto coincidendo con un'azione puramente tecnica, ovvero consenta al gestore di conoscere e controllare le informazioni memorizzate, dovendosi in tal caso parlare di condotta attiva. (CGUE, Grande sezione, 22 giugno 2021, ECLI:EU:C:2021:503, nei procedimenti riuniti C-682/18 e C-683/18).

A proposito della distinzione tra *hosting* attivo e passivo, si veda per la giurisprudenza, Corte di Cassazione civile, Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708; Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2022, n. 7049. Con riferimento alla dottrina, si vedano: G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider?*, in *Danno e responsabilità*, 1/2002; C. Signoretta, *La responsabilità civile degli intermediari in internet*, in *Danno e responsabilità*, 1, 1 gennaio 2023.

⁸⁴³ CGUE, Grande sezione, 12 luglio 2011, ECLI:EU:C:2011:474, nel procedimento C-324/09

⁸⁴⁴ Così, F. Piraino, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1, 1 gennaio 2023

Ciò posto con riguardo ai diversi tipi di responsabilità applicabile in ragione della diversa qualificazione del *provider*, viene quindi in evidenza un regime che detta criteri attraverso cui imputare la responsabilità per colpa, colpa che è da graduarsi in ragione delle caratteristiche dell'attività professionale svolta da parte dei prestatori, anche detti *internet service provider*⁸⁴⁵.

Ora, è bene precisare che la direttiva dispone l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza in capo al prestatore. Un tale obbligo prevedrebbe che lo stesso si attivasse per controllare *ex ante* tutte le informazioni destinate alla trasmissione, all'accesso o alla memorizzazione, verificando che non si sostanzino nell'esercizio di un'attività illecita. Ciò detto, è comunque previsto *ex art* 17, comma 2, del d.lgs. 70/2003, che il prestatore debba: informare l'autorità giudiziaria o quella amministrativa con funzioni di vigilanza in ordine alla conoscenza di attività o informazioni illecite inerenti a un suo destinatario del servizio della società dell'informazione e fornire le informazioni in suo possesso, su richiesta delle autorità competenti, necessarie all'identificazione del destinatario e alla prevenzione degli illeciti. Ove manchi di adempiere agli obblighi sanciti dal suddetto comma 2, il comma successivo statuisce che il prestatore è esposto alla contestazione di responsabilità civile.

L'armonizzazione del regime di responsabilità è uno degli strumenti cardine posti dalla direttiva al fine di raggiungere il più alto obiettivo dato dalla garanzia di buon funzionamento del mercato interno e l'esercizio della libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi della società dell'informazione⁸⁴⁶.

Ai fini dell'attribuzione della responsabilità, inoltre, qualsiasi servizio ulteriore prestato dal gestore sulla base del contratto concluso con il destinatario, non deve intendersi quale presunzione di conoscenza effettiva delle informazioni e della loro eventuale illiceità, ma è da valutarsi caso per caso se il gestore sia messo nella condizione di controllare i contenuti all'ingresso, superando così le previsioni legislative europee che dispongono l'esenzione⁸⁴⁷.

Ciò detto, va ora meglio approfondito il rapporto, espressamente evidenziato dalla direttiva, tra la libertà connessa alla prestazione di servizi della società dell'informazione e quella relativa alla libera manifestazione del proprio pensiero.

Tale legame impone un'assoluta cautela non solo nell'attribuzione della responsabilità, ma anche nella corretta definizione degli obblighi il cui adempimento comporta l'esenzione dalla responsabilità stessa. Per quanto concerne l'attività degli *hosting provider*, infatti, essi, considerati i prestatori di servizi della società dell'informazione meno neutrali rispetto all'informazione trasmessa e memorizzata, sono esentati dalla responsabilità civile solo qualora si attivino per la rimozione o la disabilitazione all'accesso delle informazioni mediante cui si è concretizzato un illecito. La rimozione

⁸⁴⁵ Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2022, n. 7949, punto 6 in diritto

⁸⁴⁶ considerando n. 41 direttiva 2000/31/CE

⁸⁴⁷ In proposito: A. Bellan, *op. cit.*

delle informazioni va però inevitabilmente a toccare il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero che, nel suo rapporto con i fenomeni legati al disordine informativo e soprattutto alla disinformazione, vede una possibile limitazione in virtù della tutela di valori altrettanto pregnanti. Come già anticipato, non è ancora previsto che la libertà di manifestazione del pensiero sia limitata a tutela del valore della verità, che stenta ad assurgere quale interesse autonomamente tutelabile, ma ciò che emerge è il diritto a essere informati, diritto evidentemente leso ove la divulgazione e la memorizzazione di notizie false comporti l'inoltro delle stesse da parte di destinatari del servizio e per mezzo dei prestatori, agli utenti.

A tutela dei diritti dei consumatori, quello alla corretta e leale informazione, quale anche strumentale all'esercizio di diritti fondamentali diversi, è prevista sia la possibilità di azione direttamente in capo ai prestatori, che nell'ambito del *private enforcement*, possono agire per rimuovere informazioni manipolate o disabilitare l'accesso alle stesse, sia quella di pertinenza delle pubbliche istituzioni, in ragione della dimensione collettiva che assume la lesione del diritto all'informazione individuale, ove l'intento doloso sia rivolto al danno all'autodeterminazione individuale degli individui appartenenti a una data società, che può essere quella nazionale prima delle elezioni politiche, ove disorientata dalla divulgazione di informazioni alterate relative alle campagne elettorali o ai candidati, di modo da limitare la portata democratica delle stesse elezioni, spostando di fatto la titolarità del potere sovrano.

I prestatori che vadano esenti da responsabilità potranno agire nell'ambito del *private enforcement* per il ristoro dal danno sofferto, nonché, anche in assenza dell'intervento di un giudice, per la rimozione delle informazioni illecite o la disabilitazione dell'accesso a queste ultime. Ecco che ritorna il tema della limitazione della libertà di manifestazione del pensiero.

La giurisprudenza della Corte EDU afferma che la libertà di espressione, nella sua dimensione attiva e passiva, quindi sia quale libertà di diffondere che di ricevere informazioni, non concerne solo il contenuto delle informazioni ma anche l'accesso ai mezzi attraverso cui possono essere divulgate. In ragione di ciò, è bene precisare che la rete *internet* è oggi uno strumento irrinunciabile, in virtù della larghissima accessibilità e capacità di conservazione e diffusione di dati, per la comunicazione di informazioni, strumento che consente un quanto mai ampio esercizio della libertà di espressione⁸⁴⁸. La CGUE, inoltre, rileva l'importanza di una corretta applicazione del regime di responsabilità previsto per assicurare il rispetto della libertà di espressione, riconosciuta e tutelata dall'art 11 della CDFUE⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ Corte EDU, 1 dicembre 2015 Cengiz e a. c. Turchia CE:ECHR:2015:1201JUD 004822610, paragrafo 52, nonché Corte EDU, 23 giugno 2020, Vladimir Kharitonov c. Russia, CE:ECHR:2020:0623JUD 001079514, paragrafo 33

⁸⁴⁹ CGUE, Grande sezione, 26 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:297, nel procedimento C-401/19, punto 47

Alla luce della giurisprudenza della Corte, il regime di responsabilità previsto dalla direttiva n. 31 del 2000 deve essere letto conformemente agli obiettivi di bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, per come si evincono dalla lettera del considerando n. 41, cui si aggiunge la necessità di tutelare sempre e comunque l'esercizio della libertà di espressione⁸⁵⁰. Indi per cui, l'obbligo di rimozione o disabilitazione dell'accesso relativo a informazioni illecite sorge in capo al prestatore di servizi nei confronti di un contenuto che sia, prima di tutto concreto, ma anche risultante da una conoscenza effettiva e facilmente identificabile⁸⁵¹. Quindi, da una parte la tutela della libertà di espressione è provvista tramite l'espressa previsione dell'assenza di un obbligo di controllo preventivo generale dei contenuti divulgati da parte del prestatore, obbligo che evidentemente comporterebbe un filtro all'ingresso delle informazioni limitando *ex ante* la libertà in parola, dall'altra parte viene a essere monito e riferimento nell'ambito dell'*enforcement* privato attraverso cui il gestore mette direttamente in campo le misure atte ad arginare l'illecito, rimuovendo l'informazione o disabilitando l'accesso a quest'ultima.

Ciò posto, ora, nell'ambito degli interventi di matrice unionale, si andrà a fare un breve cenno ad atti di *soft law*, per loro natura non vincolanti, ma comunque idonei a migliorare la situazione in ordine al problema della disinformazione.

2.2 La soft law

Già la direttiva n. 31 del 2000 incentivava la delineazione di codici di condotta condivisi ad adesione volontaria⁸⁵², considerandoli uno strumento straordinariamente efficace per la concretizzazione e l'attuazione delle disposizioni previste dalla stessa direttiva Europea, incoraggiandone la conclusione come la comunicazione trasparente agli utenti, l'accessibilità e la trasmissione volontaria in ambito nazionale e comunitario.

La Commissione europea è più volte intervenuta al fine di chiarire la necessità di realizzare sistemi che, pur non intaccando l'accessibilità e l'estrinsecazione di diritti fondamentali attraverso le piattaforme online, oggi sicuramente uno strumento quanto mai congruo per la diffusione e la ricerca di ogni tipo di informazione, scongiuri un utilizzo delle stesse mirato alla divulgazione di contenuti illeciti, quali quelli di incitazione all'odio, al razzismo, alla violenza, ad atti terroristici⁸⁵³. Per il raggiungimento di tale obiettivo, è promossa la definizione di sistemi di autoregolamentazione da

⁸⁵⁰ Per come asserito dal seguente considerando n. 46

⁸⁵¹ CGUE, 22 giugno 2021, ECLI:EU:C:2021:503, nei procedimenti riuniti C-682/18 e C-683/18, punto 113. Lo stesso vale a proposito dell'applicazione del regime di responsabilità previsto dall'art 17 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019, n. 790, per come sancito dalla sentenza della CGUE, 26 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:297 sulla causa C-401/19

⁸⁵² Considerando n. 49 e art n. 16, direttiva 2000/31/CE

⁸⁵³ Comunicazione della Commissione del 18 settembre 2017, COM(2017) 555 final.

parte delle piattaforme stesse, in modo da garantire l'estraneità di queste ultime alla diffusione di notizie e contenuti di tal genere.

Di certo la divulgazione di simili contenuti ha un importante riflesso dal punto di vista penalistico, risolvendosi nella contestazione di responsabilità penale, per i diversi tipi di reati, operanti sempre alla luce di un difficile bilanciamento tra l'interesse leso e la tutela della libertà di espressione⁸⁵⁴, ma altrettanto importante risulta essere, come dimostrano i successi interventi dell'UE a riguardo, la tutela della società dalla perpetrazione di campagne disinformative, evidentemente lesive della democrazia e del diritto all'informazione.

È così che, nel 2018, viene elaborato il primo "codice di buone pratiche sulla disinformazione", il primo esempio a livello mondiale di accordo tra industrie che, su base volontaria, hanno delineato una serie di regole utili a contrastare i fenomeni disinformativi. Con tale documento, le imprese si impegnano volontariamente a perseguire gli obiettivi che la Commissione enuncia in una raccomandazione di poco precedente all'adozione del Codice di condotta in questione.

Sempre nel 2018, infatti, la Commissione si pronuncia raccomandando la lotta contro la diffusione di contenuti illegali online, attuandola nel pieno rispetto delle libertà fondamentali e alla luce dell'approccio equilibrato promosso in seno alla direttiva n. 31 del 2000. Tra i diritti fondamentali da tutelare attraverso la lotta alla divulgazione di contenuti illeciti, la raccomandazione cita il diritto a diffondere, ma anche ricevere informazioni⁸⁵⁵. Tale ultimo diritto, tutelato dall'art 11 della CDFUE, viene leso ove siano condotte e divulgate, sfruttando le potenzialità delle reti di comunicazioni fruibili online, campagne disinformative che diffondano notizie appositamente manipolate e falsate, così da alterare il diritto suddetto e, conseguentemente, l'esercizio di ulteriori e diversi diritti fondamentali, potendosi spingere fino a orientare dolosamente l'esercizio del diritto di voto e contraffare il fondamento della odierna società democratica.

Gli obiettivi promossi dalla Commissione erano rivolti al raggiungimento del più alto livello possibile di trasparenza, incoraggiando i *providers* a pubblicare in via chiara e comprensibile i contenuti della politica da loro adottati in tema di rimozione di contenuti o disabilitazione dell'accesso nei confronti degli stessi.

La Commissione promuove l'adozione di diversi ed efficaci strumenti atti alla lotta avverso la divulgazione di contenuti illeciti in rete, anche attraverso misure proattive e strumenti automatizzati⁸⁵⁶, nonché la previsione di modalità alternative di risoluzione delle controversie in via stragiudiziale da parte degli Stati membri, che dovrebbero prevederle in maniera chiara, trasparente

⁸⁵⁴ Si veda in proposito, V. Nardi, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2017

⁸⁵⁵ Raccomandazione della Commissione 334/2018, Considerando n. 13 e

⁸⁵⁶ Raccomandazione della Commissione dell'1 marzo 2018, n. 334, Considerando n. 24

e accessibile. Ove gli Stati abbiano previsto modalità di risoluzione extragiudiziale delle controversie, i *providers* sono incoraggiati dalla raccomandazione di sfruttarle nell'ambito di ogni lite nascente in virtù della rimozione di un contenuto o della disabilitazione dell'accesso a esso.

Ove il prestatore adotti misure cosiddette proattive, non è comunque esclusa, come espresso dalla Commissione in seno alla comunicazione del 2017 sulla lotta avverso la diffusione di contenuti illeciti online, l'applicabilità del regime di esenzione della responsabilità del *provider*. È in ogni caso da sottolineare l'importanza di un approccio collaborativo, in quanto la facilità di diffusione e di trasmissione di informazioni da un *provider* all'altro comporta la necessità di combattere contro la diffusione di contenuti illeciti a tutti i livelli, condividendo tecnologie e strumenti utili, nonché adottando misure effettive, appropriate e proporzionate, che siano coerenti con il rispetto dei diritti tutelati dalla CDFUE, soprattutto la libertà di espressione e il diritto di informazione.

Sulla scorta di quanto espresso nella raccomandazione di cui si è appena trattato, il Codice di condotta del 2018 si pone come uno strumento di autoregolamentazione rivolto alla garanzia di una maggiore trasparenza e chiarezza in ordine al funzionamento degli algoritmi, anche in relazione alla proposizione di inserti pubblicitari, nonché una valutazione periodica dell'impatto della disciplina sul miglioramento della situazione legata alla disinformazione che, come testimonia anche la relazione apprestata dagli esperti di alto livello, è da discernere dalle "notizie false" o "*fake news*", in quanto si caratterizza quale "*informazione falsa, imprecisa o fuorviante concepita, presentata e diffusa a scopo di lucro o con l'intenzione di arrecare un pregiudizio pubblico*". È proprio questa la categoria di disinformazione che qui interessa, quella che risulta avere una tale portata da non ledere semplicemente i diritti soggettivi e non risolversi in conseguenze dannose soggettivamente confinate, ma tanto ampia da coinvolgere l'intero processo democratico e, quindi, tutta la società⁸⁵⁷.

In ragione di ciò, il *private enforcement* non si risolve nella sola azione proattiva delle piattaforme rivolta alla rimozione o alla disabilitazione dell'accesso a contenuti che risultino essere illeciti, avverso le quali operazioni è sempre e comunque ammesso il ricorso in via giurisdizionale del destinatario del servizio che le ritenga illegittime, ferma restando l'incentivazione della delineazione di strumenti alternativi di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

Il *private enforcement*, pur ammettendo il ricorso per il risarcimento del danno o l'inibitoria di contenuti che direttamente ledono la sfera di un soggetto, non risolve il problema afferente al legame tra disinformazione e democrazia.

⁸⁵⁷ Report of the independent high level group on fake news and online disinformation, *A multi-dimensional approach to disinformation*, 7 marzo 2018, <file:///Users/psrcal105/Downloads/a%20multi-dimensional%20approach%20to%20disinformation-KK0118221ENN.pdf>

Il codice del 2018 è stato recentemente riformato e “rafforzato”⁸⁵⁸ in ragione della necessità di implementazione degli strumenti di regolamentazione e degli obiettivi connessi alla lotta avverso la disinformazione. La Commissione invita⁸⁵⁹ i firmatari a elaborare un sistema che meglio si confaccia agli obiettivi legati alla demonetizzazione della disinformazione, alla garanzia di una sempre maggiore trasparenza incoraggiata dalla definizione di un quadro di monitoraggio più pervasivo e stringente.

Si promuove, inoltre, una maggiore responsabilizzazione degli utenti e un loro più facile e completo accesso ai dati, l’incremento delle strategie di collaborazione tra i *providers* e con i verificatori di fatti di tutti gli Stati membri, nonché una più ampia adesione da parte dei provider al codice stesso.

La responsabilizzazione degli utenti è un passo fondamentale per la realizzazione di uno spazio digitale sicuro, in quanto la capacità degli stessi di sfruttare e conoscere la rete, le insidie come i vantaggi e le potenzialità, nonché la loro facoltà di segnalare la divulgazione eventuale di notizie che possano arrecare danni alla società o a livello individuale, li rende alleati imprescindibili per la lotta contro la disinformazione online. In qualità di soggetti primariamente tutelati, inoltre, gli utenti alfabetizzati risulterebbero meno esposti ai danni direttamente derivanti e voluti da parte di chi conduca campagne disinformative, così limitando la portata se non il danno sociale, almeno di quello individuale.

Ciò posto, in materia di disinformazione, al di là dei danni derivanti dalla commissione di un reato perpetrato tramite la divulgazione di notizie alterate e non veritiere che non è di interesse per la presente trattazione, i soggetti lesi in qualità di utenti delle piattaforme *online* sono ammessi all’esercizio dell’azione risarcitoria dinanzi al giudice ordinario per avere ristoro da qualunque danno ingiusto da essi subito, in qualità di individui, ma più spesso per i danni da essi sofferti quali consumatori, in virtù della disciplina sulle pratiche commerciali sleali, e quali individui titolari dei dati soggetti al trattamento⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Il processo di revisione del codice del 2018 è stato avviato nel giugno del 2021, a seguito della valutazione della Commissione relativa all’impatto dell’adozione del codice nel processo rivolto al raggiungimento degli obiettivi fissati connessi alla lotta contro la disinformazione.

Il codice rafforzato del 2022 contiene 44 impegni e 128 misure specifiche, è stato presentato alla commissione il 16 giugno 2022. Comprende i firmatari del codice del 2018, cui se ne sono aggiunti degli altri importanti, ampliando così l’adesione volontaria e quindi la vincolatività delle disposizioni ivi inserite, accrescendo la portata delle buone pratiche così contribuendo a un raggiungimento degli obiettivi più veloce ed efficace, realizzato all’insegna della collaborazione.

⁸⁵⁹ Comunicazione della Commissione europea, *orientamenti sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione*, COM(2021)262 final

⁸⁶⁰ In forza del GDPR (Reg. 2016/679/UE) e della direttiva sulle pratiche commerciali sleali (Direttiva del Parlamento europeo e del consiglio n. 2161 del 27 novembre 2019). Quest’ultima, a riguardo di private enforcement, all’art 11 bis pone una particolare attenzione ai rimedi in capo ai consumatori, sancendo la loro possibilità di esperire azione risarcitoria, nonché quella di chiedere riduzione del prezzo o risoluzione del contratto.

Per completezza è bene ricordare che la tutela dei consumatori è oggi possibile anche tramite azioni perpetrate da enti rappresentati della categoria per danni subiti dalla stessa, in ragione della disciplina provvista dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 novembre 2020 n. 1828 (relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi

Per ciò che qui interessa e, soprattutto in relazione alla portata sociale della disinformazione e al suo legame con la democrazia, il *private enforcement* rilevante e più efficace è quello che consente direttamente alle piattaforme *online* di adottare le misure necessarie, efficaci, proporzionate ad avversare il loro sfruttamento al fine di diffondere notizie manipolate, che ledono il corretto esercizio dei diritti fondamentali e alterano i processi democratici. Le piattaforme, infatti, sono ammesse alla rimozione o alla disabilitazione dell'accesso a contenuti illeciti, così contribuendo attivamente alla graduale costruzione di uno spazio digitale sempre più sicuro per gli utenti e, conseguentemente idoneo alla tutela delle istituzioni e dei processi democratici.

2.3 Uno spazio digitale sicuro

Nel corso degli ultimi anni l'UE ha accelerato la definizione di normative sempre più stringenti e garantiste rivolte sì alla responsabilizzazione delle piattaforme digitali, all'alfabetizzazione degli utenti sia pubblici che privati, ma, più in generale, alla realizzazione di uno spazio digitale sicuro, in grado di garantire la giusta protezione di tutti i diritti fondamentali dell'Uomo, in particolare quello alla libertà di espressione e all'informazione, inteso quale diritto a ricercare e ricevere informazioni, assicurando la protezione dei processi democratici dagli illeciti e dalla pervasiva intrusione di destinatari del servizio della società dell'informazione erogato dai *providers*, al solo fine di diffondere informazioni e notizie manipolate per creare un latente e subdolo danno alla società, le cui scelte diventano non la conseguenza delle singole autodeterminazioni individuali, ma frutto di una preordinata e voluta deviazione delle stesse conducendo a un'eterodeterminazione delle azioni.

La creazione di uno spazio digitale sicuro, che tuteli i diritti fondamentali degli utenti e, contemporaneamente, promuova innovazione, evoluzione tecnologica, competitività e parità tra le imprese operanti, è obiettivo prioritario promosso dal pacchetto di misure delineate dall'UE nell'ambito del *digital services act*.

Tali misure prendono atto della corrente evoluzione tecnologica, della modificazione e della ingravescente complessità che connota la gestione e la fruizione dei servizi digitali, della larghissima diffusione degli stessi e della loro rientranza nelle attività quotidiane della maggior parte dei cittadini europei, contribuendo all'implementazione anche di attività rivolte alla diffusione della cultura e alla tutela del pluralismo.

L'intervento dell'Unione mira ad armonizzare la disciplina di un settore che, in quanto attinente all'erogazione di servizi in rete, che sono per loro natura refrattari ai confini nazionali, che mal si attagliano a considerazioni in ordine alle barriere geografiche che delimitano l'area di validità delle

collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE), il cui recepimento deve essere terminato entro il 25 giugno del 2023

leggi nazionali, necessita di un intervento sovranazionale. L'esercizio delle competenze da parte dell'UE si inserisce quale elemento cardine affinché l'intervento normativo sia concordato e si riverberi uniformemente negli Stati membri, di modo da tutelare non solo gli utenti rispetto alla divulgazione di notizie non veritiere, appositamente manipolante con l'intento di diffondere disinformazione tra gli stessi, ma anche al fine di salvaguardare il corretto funzionamento e l'apertura del mercato interno, abbattendo ogni tipo di barriera virtuale, anche normativa, alla libera fruizione e circolazione dei servizi *online* in tutto il territorio europeo.

In ragione di tali obiettivi, l'Unione decide di procedere, diversamente a quanto fatto in passato, non con l'emanazione di una direttiva, né con la promozione di atti di *soft law* quali sono i codici di buone pratiche, ma con un regolamento, atto connotato da una forte pregnanza e dalla diretta applicabilità nell'ordinamento degli Stati membri, così scongiurando l'eventualità di una difforme o ritardata implementazione della normativa da parte degli stessi. L'utilizzo di tale strumento normativo dimostra la volontà unionale di piena uniformità delle normative, non solo armonizzata ma pienamente equivalente, per quanto previsto e regolato, in tutti gli Stati, nonché la necessità di accelerare la realizzazione di uno spazio sicuro, anche nel mondo digitale virtuale. L'obiettivo finale, infatti, è quello di garantire che lo spazio digitale sia sicuro, prevedibile e affidabile, uno spazio che tuteli l'innovazione e, al contempo, presti efficace protezione nei confronti dell'esercizio dei diritti fondamentali, abbattendo i rischi che la diffusione di disinformazione può generare per la società⁸⁶¹. Nell'ambito del pacchetto sui servizi digitali, sono stati emanati due diversi regolamenti, il *digital services act* e il *digital market act*⁸⁶².

Il primo è l'atto regolamentare che qui interessa e di cui si andrà di seguito a parlare, cercando, senza pretesa di esaustività, di delinearne i dettami normativi centrali, soprattutto a riguardo della responsabilità dei *providers* e dei diversi sistemi di *enforcement* apprestati a tutela della sicurezza e a salvaguardia dei diritti fondamentali nel mondo digitale.

2.3.1 Il Digital Services Act

Il regolamento dell'Unione Europea n. 2065 del 2022⁸⁶³, relativo ai servizi digitali, è comunemente detto *Digital Services Act*. Esso si rivolge alla regolamentazione dei servizi resi dalle piattaforme *online* e dagli intermediari, la cui attività non si limita alla sola memorizzazione di dati forniti dai destinatari del servizio, ma si attivano direttamente, ove richiesto, per la trasmissione di tali dati al pubblico. Tale ultima finalità deve essere parte integrante dell'attività del prestatore, ai fini della sua

⁸⁶¹ Considerando n. 9 Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, n. 2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)

⁸⁶² Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022, n. 1925, relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali).

⁸⁶³ Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, n. 2065,

qualificazione quale piattaforma *online* rilevante per la disciplina in questione, poiché ove la diffusione di contenuti specifici al pubblico coincida con un esercizio accessorio e minore, i prestatori non possono essere qualificati nel senso suddetto⁸⁶⁴.

Elemento caratterizzante, dunque, delle piattaforme *online* cui la normativa si rivolge è la prestazione di un servizio reso su richiesta del destinatario, grazie al quale la piattaforma diffonderà nei confronti di un numero potenzialmente illimitato di utenti, le informazioni di cui è richiesta la divulgazione, la cui eventuale e previa manipolazione può comportare la responsabilità dello stesso ove la diffusione non risulti essere avvenuta in maniera neutrale, senza che possa presumersi la preventiva conoscenza e il controllo dei contenuti divulgati.

Con riguardo alle scelte relative al regime di responsabilità cui sottoporre i soggetti rientranti nel suo ambito di applicazione, sempre fornitori di servizi della società dell'informazione, definiti a partire dalla direttiva 2015/1535/UE⁸⁶⁵, il regolamento sceglie, anche in virtù dell'esigenza di tutela della certezza del diritto, di lasciare impregiudicata la valenza del criterio per l'attribuzione della responsabilità in capo al prestatore del servizio. Tale criterio consiste nella neutralità dell'attività prestata al destinatario del servizio che abbia divulgato informazioni falsate o contenuti illeciti, cristallizzando però l'interpretazione invalsa in seno alla CGUE, la quale consente l'applicazione effettiva del regime di esenzione della responsabilità, solo ove il prestatore si limiti a svolgere un servizio tecnico, e non utilizzi sistemi di intelligenza artificiale per migliorare la fruizione del servizio stesso⁸⁶⁶. La differenziazione tra provider "*mere conduit*", "*caching*" e "*hosting*" viene riproposta e riempita di significato, dando una dimensione normativa all'approccio inevitabilmente casistico proprio della giurisprudenza della Corte.

La responsabilità dei fornitori è disciplinata dagli artt. 4, 5, 6 e 8 del regolamento.

Il primo si occupa dei prestatori di servizi di semplice trasmissione su una rete di comunicazione, di informazioni fornite dal destinatario del servizio, ovvero nel fornire l'accesso a una rete di comunicazione. Un prestatore "*mere conduit*" non è ritenuto responsabile delle informazioni trasmesse, solo ove non dia origine alla trasmissione, non abbia selezionato il destinatario del servizio

⁸⁶⁴ La definizione di piattaforme online rilevante ai fini dell'applicazione della normativa è apprestata dall'art 3, lett. i), il quale dispone che è piattaforma online "un servizio di memorizzazione di informazioni che, su richiesta di un destinatario del servizio, memorizza e diffonde informazioni al pubblico, tranne qualora tale attività sia una funzione minore e puramente accessoria di un altro servizio o funzionalità minore del servizio principale e, per ragioni oggettive e tecniche, non possa essere utilizzata senza tale altro servizio e a condizione che l'integrazione di tale funzione o funzionalità nell'altro servizio non sia un mezzo per eludere l'applicabilità del presente regolamento".

In ogni caso, i servizi di cloud computing e di memorizzazione di informazioni di siti web, ove siano infrastruttura necessaria al servizio, come per esempio accade nel caso in cui siano la base del funzionamento di un'applicazione basate su internet, di una piattaforma, non dovrebbero essere considerate attività di diffusione al pubblico di contenuti specifici su richiesta del destinatario del servizio da parte delle piattaforme online. (considerando n. 13 regolamento 2022/2065)

⁸⁶⁵ definizione presente all'art 1, paragrafo 1, lett. b), a sua volta, riproduce pedissequamente quella della direttiva n. 98/34/CE, richiamata dalla direttiva 2000/31/CE di cui si è detto

⁸⁶⁶ Sul punto, S. Braschi, *Il nuovo Regolamento europeo sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli internet service provider?*, in *Diritto penale e processo*, 3, 1 marzo 2023

e non modifichi né selezioni i dati trasmessi. Chi presti un servizio che, oltre alla medesima trasmissione sulla rete di comunicazione, comporti la memorizzazione temporanea, automatica e intermedia sfruttata al fine di rendere più efficiente e sicuro l'inoltro successivo delle informazioni ad altri destinatari del servizio che lo abbiano richiesto, non è responsabile se: non modifica le informazioni; si conforma alle condizioni di accesso alle informazioni; si conforma alle norme di aggiornamento delle informazioni indicato e largamente riconosciuto dalle imprese del settore; non interferisca con l'utilizzo della tecnologia largamente riconosciuta e utilizzata per ottenere dati dalle informazioni; si attivi in maniera subitanea per rimuovere o disabilitare l'accesso a informazioni che abbiano subito le stesse operazioni all'origine o per le quali sia stato richiesto ciò da parte delle autorità competenti, giudiziarie o amministrative. La disciplina continua con riguardo ai prestatori di servizi "hosting", i quali non sono responsabili per la memorizzazione delle informazioni a richiesta del destinatario del servizio solo ove risulti che effettivamente ignori le attività o i contenuti illegali e, con riguardo alle domande risarcitorie, non sia consapevole di fatti o circostanze da cui risulta manifestamente l'illiceità di attività o contenuti; ovvero, non appena sia a conoscenza dell'illiceità suddetta, si attivi immediatamente per la rimozione dei contenuti o la disabilitazione dell'accesso agli stessi.

Fin qui, nulla di diverso rispetto a quanto già sancito all'interno della direttiva n. 31 del 2000⁸⁶⁷. Ciò che cambia la prospettiva risulta essere la norma prevista dall'art 7 del regolamento, la quale sancisce la possibilità per i prestatori di beneficiare del regime di esenzione della responsabilità anche nel caso in cui svolgano autonomamente indagini rivolte a rilevare e, eventualmente, rimuovere o limitare l'accesso a contenuti illegali, quindi anche false informazioni dolosamente diffuse.

Ciò dimostra quanto la normativa europea punti a incentivare il *private enforcement* dei prestatori, auspicando che siano indagini interne, legittimamente condotte in quanto previste dal regolamento, a individuare e sanzionare, con la rimozione o la limitazione dell'accesso, tutti quei contenuti che non risultino conformi ai valori della sicurezza e al rispetto dei diritti fondamentali, così contrastando con la normativa unionale e nazionale.

L'efficacia degli strumenti di *enforcement* privato⁸⁶⁸, in casi come quello a oggetto della presente trattazione, comporta un altissimo risparmio di risorse umane ed economiche, nazionali e sovranazionali, prevenendo e sopperendo all'intervento delle autorità pubbliche competenti.

L'art. 7, pur essendo immediatamente seguito dalla previsione che esclude un obbligo generale di sorveglianza o accertamento attivo dei fatti, lascia impregiudicata l'attribuzione di un importante

⁸⁶⁷ Il disposto degli artt. 4, 5 e 6, con eccezione dell'aggiunta del paragrafo 3 all'art 6, del regolamento 2022/2065/UE risulta equivalente rispetto alle norme contenute negli artt. 12, 13 e 14 della direttiva 2000/31/CE

⁸⁶⁸ Alcune perplessità a riguardo sono sollevate nel contributo di C. Valditara, *op. cit.*

vantaggio qual è quello di esenzione dalla responsabilità, così incoraggiando l'autonoma indagine dei provider in relazione alla possibile trasmissione e memorizzazione di contenuti illeciti.

Considerata la finalità del regolamento, che molto è connessa alla lotta avverso la diffusione di informazioni manipolate, il ruolo dei prestatori di servizi intermediari non può essere che attivo per la collaborazione diretta degli stessi nella persecuzione dell'obiettivo. In ragione di ciò, la normativa propone un contatto diretto tra i fornitori, le autorità competenti degli Stati membri, e il comitato europeo per i servizi digitali⁸⁶⁹, nonché la predisposizione di meccanismi utili ed efficaci al fine di consentire a “qualunque persona o ente” di segnalare elettronicamente l'eventuale presenza di contenuti online ritenuti illeciti⁸⁷⁰.

A chi presenti segnalazione, come nei confronti dei destinatari del servizio, il regolamento assicura la possibilità di presentare reclamo, entro 6 mesi, avverso le decisioni assunte dal prestatore del servizio che ineriscano a: la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso a queste ultime, ovvero limitare la loro visibilità; la sospensione o cessazione, totale o parziale, della prestazione del servizio nei confronti del destinatario del servizio; la sospensione o la cessazione degli account dei destinatari del servizio; la sospensione, cessazione, ovvero la limitazione altrimenti conseguita rispetto alla capacità del destinatario del servizio di monetizzare le informazioni fornite⁸⁷¹. La restrizione che tali decisioni comportano rispetto all'esercizio dei diritti da parte del destinatario del servizio, ha come contropartita la necessità di uno stringente e dettagliato obbligo di motivazione, previsto dall'art 17 del regolamento.

Tale disposizione onera il prestatore del servizio della predisposizione di un'adeguata motivazione all'assunzione di una delle decisioni elencate al paragrafo 1 della stessa disposizione e su riportate, per cui il prestatore deve indicare prima di tutto se la decisione sia rivolta alla sospensione o cessazione di account o prestazione del servizio, se rivolta alla limitazione, disabilitazione dell'accesso o rimozione delle informazioni, ovvero alla sospensione, cessazione, o limitazione dei pagamenti in denaro dovuti per le informazioni fornite. La motivazione consta, inoltre, come di consueto, delle ragioni fondanti le decisioni, i fatti e le circostanze su cui si basa, compresa l'eventuale indicazione rispetto all'aver dato seguito a una segnalazione pervenuta ex art 16, le basi giuridiche che suffragano la conclusione della illiceità dei contenuti diffusi, informazioni chiare e comprensibili in relazioni ai mezzi di ricorso esperibili da parte del destinatario avverso la decisione assunta dal prestatore.

⁸⁶⁹ Art. 11 del regolamento sui servizi digitali (Articolo inserito all'interno del Capo III, Sez. I del regolamento). Il Comitato è istituito dall'art 61 dello stesso regolamento.

⁸⁷⁰ Art. 16 del regolamento sui servizi digitali, Capo III, Sez. II

⁸⁷¹ Art 20 del regolamento sui servizi digitali

L'obbligo motivazionale di una decisione assunta da un ente privato, si giustifica in ragione della strumentalità delle piattaforme cui la disciplina si rivolge, rispetto all'esercizio di diritti fondamentali della persona, quale anche quello inerente alla libertà di manifestazione del pensiero, pietra miliare della democrazia. In virtù proprio della necessaria tutela di ciò, il regolamento prevede, non solo la predetta possibilità di reclamo, ma anche la facoltà di ricorrere a qualunque organismo certificato⁸⁷² di risoluzione extragiudiziale delle controversie da parte di chi abbia presentato segnalazioni o da parte dei soggetti destinatari delle decisioni già citate.

Al *private enforcement* esercitato da parte dei prestatori ai fini del contrasto alla disinformazione *online*, si aggiunge la diretta possibilità di *enforcement* di coloro i quali abbiano esercitato la loro facoltà di presentare segnalazioni al prestatore di servizi della società dell'informazione in relazione alla sua condivisione di notizie false, che contrastano con i principi generali della normativa sulle comunicazioni in rete nonché con il diritto degli utenti di ricevere informazioni, tutelato a livello europeo dall'art. 11 della CFUE, ma anche dall'art 21 della costituzione Italiana.

La normativa non potrebbe mai ottenere alcun effetto se non fossero messe in campo norme *ad hoc* rivolte a tutelare la trasparenza delle piattaforme nei confronti del pubblico. La direttiva prevede, infatti, che ogni prestatore di servizi intermediari deve rendere pubbliche in maniera chiara e comprensibile le politiche connesse alla propria gestione, i termini e condizioni della sua fruizione, anche in relazione al funzionamento degli strumenti algoritmici e alla supervisione umana⁸⁷³, tutto ciò pubblicato in maniera tale da essere fruibile, scongiurando l'utilizzo di particolarismi o linguaggi ambigui che minino alla piena comprensione da parte di chi legge.

Sempre in ragione della trasparenza, inoltre, i prestatori di servizi intermediari devono annualmente redigere una relazione che dia conto della moderazione dei contenuti svolta dagli stessi durante il periodo di tempo considerato⁸⁷⁴.

Gli obblighi di trasparenza⁸⁷⁵, inoltre, si fanno più pregnanti e stringenti nella sezione V del capo III, ove si regola l'attività di piattaforme e motori di ricerca online cosiddetti di "dimensioni molto grandi", con la cui qualifica si intende far riferimento alla quantità media mensile di destinatari attivi del servizio erogato dal prestatore. Affinché siano considerati motori di ricerca e piattaforme online di dimensioni molto grandi, il par 4 dell'art 33, tale qualifica deve essere loro attribuita da parte di

⁸⁷² La certificazione degli organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie avviene a norma del paragrafo 3 dell'art 21 del regolamento sui servizi digitali, per il tramite del coordinatore nazionale dei servizi digitali, coordinatore che l'Italia non ha ancora provveduto a istituire, nonostante le pressioni unionali.

⁸⁷³ Art. 14, regolamento sui servizi digitali

⁸⁷⁴ Art. 15, regolamento sui servizi digitali

⁸⁷⁵ Tali obblighi non si concludono quanto qui riportato a titolo esemplificativo, ma sono disseminati lungo tutto il testo regolamentare al fine di precisare, in ogni occasione, che lo svolgimento di qualunque attività connessa all'erogazione del servizio della società dell'informazione da parte delle piattaforme cui la disciplina si riferisce, deve essere, con chiarezza e senza ambiguità, trasmessa al pubblico.

una decisione della Commissione Europea che verifichi la corrispondenza del numero di destinatari in numero pari o superiore a 45 mln⁸⁷⁶.

Ad aggravare la prestazione di servizi della società dell'informazione da parte di *providers* aventi dimensioni molto grandi, si aggiunge l'obbligo di compiere una valutazione del rischio connesso alla progettazione, al funzionamento e all'uso del servizio erogato, in relazione alla possibilità che si perpetrino la diffusione di condotte illegali o che, come accade nel caso di campagne disinformative dannose per la società, si diffondano informazioni nocive per l'esercizio di diritti fondamentali, negativamente impattanti sui processi elettorali e, quindi, atte a falsare la democrazia nonché idonee a procurare un danno alla sicurezza, alla salute pubblica, alla tutela dei minori o al benessere psicofisico individuale o la violenza di genere⁸⁷⁷. La valutazione del rischio va compiuta almeno annualmente e conservata per i tre anni successivi. Una valutazione correttamente compiuta e veritiera rispetto all'indice di rischio di lesione di una delle situazioni su menzionate deve tenere in considerazione l'influenza che può riverberarsi sui fattori suddetti a causa di elementi direttamente connessi all'effettiva modalità attraverso cui l'attività di prestazione viene svolta, per esempio in relazione alla progettazione del sistema, al suo meccanismo di moderazione dei contenuti, ai sistemi di selezione delle pubblicità disciplina.

La valutazione del rischio è, inoltre, accompagnata dalla previsione della sua attenuazione. Il regolamento, infatti, dispone che le piattaforme online e i motori di ricerca che siano di dimensioni molto grandi, alla luce delle rilevazioni effettuate in sede di valutazione, pongono in essere misure adeguate, proporzionate ed efficaci per ridurre al minimo la potenzialità che il rischio si venga a concretizzare, sempre in considerazione della necessità del rispetto dei diritti fondamentali. Tali misure possono avere a che fare con l'adeguamento della progettazione, del funzionamento, della moderazione dei contenuti, dei sistemi di pubblicità, il rafforzamento di sistemi di sensibilizzazione e di tutela dei minori, nonché l'adozione di sistemi di collaborazione tra prestatori attraverso la delineazione di codici di condotta o protocolli di crisi⁸⁷⁸.

La previsione degli strumenti di valutazione e attenuazione dei rischi si inserisce nell'ambito dell'individuazione di strumenti preventivi, rivolti ad evitare che il fenomeno si verifichi, consentendo anche la previsione di controlli più stringenti da parte dei prestatori nei confronti delle informazioni fornite dai destinatari del servizio. Ove la prevenzione si rivelasse efficace, si ridurrebbe sempre più la necessità di ricorrere a misure di *enforcement* più o meno invasive.

⁸⁷⁶ A tale verifica la Commissione deve procedere tenendo conto delle informazioni a questa fornite dal coordinatore dei servizi digitali dello Stato di stabilimento del prestatore, delle informazioni richieste a norma dell'art 24, paragrafo 2, e di ogni altra informazione a sua disposizione (art 33, paragrafo 4, regolamento sui servizi digitali)

⁸⁷⁷ Art. 34 paragrafo 1

⁸⁷⁸ Rispettivamente disciplinati dagli artt. 45 e 48 del regolamento sui servizi digitali.

A proposito di *enforcement*, anche in ragione dell'esperienza vissuta durante il periodo pandemico, che ha aperto gli occhi a riguardo della necessità di apprestare una disciplina efficace e stringente per combattere la disinformazione, la Commissione gioca un ruolo fondamentale.

Essa è legittimata ad imporre alle piattaforme online e ai motori di ricerca di dimensioni molto grandi l'adozione di una serie di provvedimenti che possono consistere nel compimento di una valutazione in ordine all'eventualità e alla portata del contributo del funzionamento dei servizi alla realizzazione della minaccia alla sicurezza e alla salute pubblica, nell'adozione di misure proporzionate ed efficaci per eliminare, prevenire o limitare la minaccia suddetta, nella realizzazione di una relazione che illustri alla Commissione l'effettuazione delle valutazioni e l'impatto delle misure adottate. Tale potere della Commissione, previsto dall'art 36 del regolamento, è specificamente volto a scongiurare la concretizzazione di danni gravi alla sicurezza e alla salute pubblica, entrambe gravemente lese durante il periodo pandemico attraverso la perpetrazione di campagne di disinformazione, soprattutto inerenti all'efficacia, alla pericolosità e all'utilità dei vaccini anti-covid⁸⁷⁹. L'estrema importanza dei valori tutelati unita al pressante disvalore connesso alla volontaria lesione degli stessi porta alla delineazione di un potere invasivo nei confronti della libera prestazione del servizio da parte delle piattaforme online e motori di ricerca molto grandi, ma viene mitigato dalla stessa disposizione ove si prevede che, in ogni caso, la decisione della Commissione che impone la realizzazione di uno degli atti suddetti, deve infliggere un onere necessario, proporzionato e adeguato rispetto al raggiungimento dell'obiettivo, ossia la neutralizzazione della grave minaccia incombente sulla sicurezza e la salute pubblica, ma anche giustificato alla luce della portata della stessa e delle sue potenziali implicazioni con riguardo a diritti e interessi legittimi. I provvedimenti avranno durata limitata entro i 3 mesi e la loro adozione sarà fissata entro un termine specificamente indicato dalla decisione.

La Commissione, in cooperazione con il coordinatore nazionale dei servizi digitali, procede anche all'effettuazione dell'accesso sui dati e controllo della conformità dell'azione del prestatore rispetto a quanto previsto dal regolamento, conformità che è internamente e indipendentemente valutata da parte dei responsabili della conformità, soggetti la cui professionalità, conoscenza ed esperienza viene garantita dall'azione dell'organo di gestione della piattaforma online o del motore di ricerca di dimensioni molto grandi⁸⁸⁰.

Ciò posto, è proprio nei confronti delle piattaforme online e dei motori di ricerca che rientrano, per quantità di destinatari del servizio medi mensili, all'interno della definizione di prestatori di dimensioni molto grandi *ex art 33*, che si ha una pregnante e pervasiva attività di vigilanza svolta, a livello Europeo, dalla Commissione. In virtù dello svolgimento di tale controllo, la Commissione

⁸⁷⁹ Tribunale di Varese, sez. I, 2 agosto 2022 n. 1181

⁸⁸⁰ Art 41, regolamento sui servizi digitali

richiede contributi annuali alle piattaforme online e ai motori di ricerca di dimensioni molto grandi⁸⁸¹. La sua attività è parallela a quella del coordinatore dei servizi digitali nominato all'interno di ogni Stato membro e, allo stesso tempo, è affiancata dall'attività consultiva del Comitato Europeo per i servizi digitali, istituito dal regolamento in parola e preposto a contribuire all'implementazione e all'attuazione del regolamento, coadiuvando la Commissione e i coordinatori nell'attività di analisi e di vigilanza delle piattaforme online e motori di ricerca molto grandi.

L'attività di controllo è svolta alla luce del regolamento, in considerazione della primaria necessità di garantire il rispetto delle libertà fondamentali, in particolare quella di espressione e di informazione, consapevoli del necessario bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti via via in gioco.

La Commissione, in collaborazione con il Comitato, proprio in virtù della necessaria protezione di valori fondamentali, quali la sicurezza e la salute pubblica, nel caso in cui su tali aspetti incombono minacce gravi, può incoraggiare la collaborazione tra diverse piattaforme online e motori di ricerca di dimensioni molto grandi, con autorità del settore e anche la società civile, ai fini dell'elaborazione di codici di condotta efficaci per scongiurare il rischio della concretizzazione della lesione la cui minaccia incombe⁸⁸². In qualità di atti di soft law, l'adesione ai codici è certamente facoltativa, purtuttavia i firmatari che non vi adempiano possono essere invitati dalla Commissione a porre in essere le misure necessarie a rimediare a far cessare l'inadempimento.

Ancora per la tutela di sicurezza e salute pubblica, valori assai connessi, come detto, al tema della disinformazione la cui azione si rivela potenzialmente catastrofica per la loro salvaguardia, come direttamente testimoniato da quanto successo durante la pandemia da COVID-19, ove opportuno, la Commissione può incoraggiare la sperimentazione, l'elaborazione e l'applicazione di protocolli di crisi, specificamente disciplinati dall'art 48.

L'*enforcement* relativo all'attuazione di quanto previsto in seno al regolamento e, quindi, di tutte le misure ritenute necessarie a livello Europeo per combattere la disinformazione online, vede la Commissione *dominus* della vigilanza sulle piattaforme online e motori di ricerca di dimensioni molto grandi. Essa può sempre agire per il monitoraggio delle attività e del funzionamento delle piattaforme e dei motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, accedendo alle banche dati, verificando il funzionamento degli algoritmi, chiedere spiegazioni per verificare che tutto si svolga nel rispetto delle disposizioni regolamentari e dei principi generali della materia, sempre nell'ottica della tutela dei diritti fondamentali.

⁸⁸¹ Art 43, regolamento sui servizi digitali

⁸⁸² Art 45 regolamento sui servizi digitali.

La Commissione, inoltre, è legittimata ad esercitare i poteri di indagine alla stessa conferiti da parte del regolamento, di sua iniziativa o a seguito della richiesta rivolta da parte di uno dei coordinatori dei servizi digitali degli Stati membri con l'indicazione dei fatti rilevanti ai fini della dimostrazione dell'infrazione computa ai sensi del regolamento, e di ogni altra circostanza ritenuta pertinente⁸⁸³. Ove la Commissione decida di avviare una procedura rivolta all'accertamento del sospetto di infrazione che la spinge ad agire, nell'ottica della leale collaborazione, cooperazione e ai fini di un'azione il più possibile efficace e veloce, ne dà comunicazione a tutti i coordinatori dei servizi digitali, i quali vengono esonerati rispetto all'esercizio delle proprie attività di vigilanza in ragione dell'attivazione della Commissione stessa, ma rispondono a quest'ultima senza ritardo inviandole tutte le informazioni in loro possesso rilevanti ai fini della futura determinazione nel merito. Nel rispetto del principio del contraddittorio, la stessa comunicazione di avvio del procedimento viene inviata al fornitore di piattaforma online o motore di ricerca di dimensioni molto grandi.

I poteri di indagine conferiti alla Commissione da parte della sezione n. 4 del capo IV del regolamento sui servizi digitali comprendono una serie di prerogative che consentono l'accertamento, ossia la possibilità di richiedere informazioni, il potere di audizione, di ispezione, di adozione di misure provvisorie in caso tema la verifica di un danno grave, misure ad efficacia temporanea la cui validità può, però, essere estesa se si ritiene opportuno e necessario un rinnovo⁸⁸⁴.

La Commissione è legittimata a richiedere le informazioni⁸⁸⁵ necessarie all'adozione di una decisione sia nei confronti di piattaforme e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, sia a qualsiasi altro soggetto che per ragioni legate all'esercizio della propria attività professionale, imprenditoriale, artigianale o commerciale, sia in possesso di dati rilevanti ai fini dell'accertamento della presunta violazione del regolamento in questione. I soggetti richiesti devono ottemperare alla richiesta nel termine e fornire informazioni che siano esatte e complete, come d'obbligo anche dei coordinatori nazionali dei servizi digitali eventualmente coinvolti nella raccolta di informazioni.

Ad accrescere la pervasività dei poteri della Commissione in materia, si aggiungono il potere di audizione, di raccogliere dichiarazioni⁸⁸⁶ e di ispezione⁸⁸⁷.

Il primo consente all'istituzione di ascoltare e registrare con appositi strumenti chi ritiene opportuno sentire per assumere una decisione, informando il coordinatore nazionale dei servizi digitali dello Stato membro all'interno del quale il potere è esercitato, ove il luogo dell'audizione sia diverso ai

⁸⁸³ Art. 65 del regolamento dei servizi digitali, che alla sezione 4 del capo IV disciplina "vigilanza, indagini, esecuzione e monitoraggio in relazione ai fornitori di piattaforme online di dimensioni molto grandi e di motori di ricerca online di dimensioni molto grandi.

⁸⁸⁴ Art. 70, rubricato: "misure provvisorie"

⁸⁸⁵ Art. 67 regolamento dei servizi digitali

⁸⁸⁶ Art. 68, regolamento dei servizi digitali, potere di audizione e di raccogliere dichiarazioni

⁸⁸⁷ Art. 69, regolamento dei servizi digitali, potere di ispezione

locali di pertinenza della Commissione. Il secondo, esercitato su prescrizione di una decisione della commissione che ne specifica lo scopo e l'oggetto, informando il destinatario della possibilità di chiedere riesame dinanzi alla CGUE, ammette l'intervento diretto della Commissione e dei soggetti da essa autorizzati nei locali dei fornitori di piattaforme o motori di ricerca online e di dimensioni molto grandi e di tutti gli altri soggetti potenzialmente che, in ragione della propria attività commerciale, imprenditoriale, artigianale, professionale, siano considerati in possesso di informazioni rilevanti. nell'ambito dell'esercizio del potere ispettivo, la Commissione può accedere ai locali, esaminare libri e ogni altro documento potendo anche estrarne copia, chiedere chiarimenti al fornitore o a ogni altro soggetto in ordine al funzionamento della piattaforma o del motore di ricerca, chiedere chiarimenti relativi a documenti o fatti utili allo scopo per cui si sta perpetrando l'accertamento e verbalizzare le risposte, nonché apporre sigilli ai locali oggetto di controllo o di libri e documenti per il periodo strettamente necessario al completamento dell'ispezione in atto. Chi svolge l'ispezione, inoltre, è legittimato a richiedere informazioni sul funzionamento della piattaforma o motore di ricerca online di dimensioni molto grandi, così come sull'organizzazione, sul sistema informativo e sugli algoritmi. Ove lo svolgimento dell'ispezione sia impedito a causa di un'opposizione alla decisione, lo Stato membro in cui dovrà essere esercitato il potere della Commissione presterà l'assistenza necessaria. Qualora, inoltre, la normativa statale preveda la necessità dell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria al fine di legittimare l'esercizio dell'ispezione, la stessa valuterà l'autenticità della decisione della Commissione e ne verificherà la proporzionalità e non arbitrarietà rispetto all'oggetto dell'ispezione stessa. È evidente che le precisazioni apposte dalla disposizione mirano a controbilanciare la pervasività del potere ispettivo, un potere che deve sempre essere esercitato alla luce della proporzionalità, necessità e adeguatezza, limitandosi al controllo di quanto si ritiene imprescindibile per l'assunzione di una decisione in ordine all'accertamento dell'infrazione.

Al pari di quanto accade in ambito *antitrust*, anche nell'ambito dei poteri della Commissione conferiti per la vigilanza sull'implementazione del regolamento da parte delle piattaforme online e motori di ricerca online di dimensioni molto grandi è prevista la possibilità che questi ultimi propongano alla Commissione l'adozione di una serie di impegni⁸⁸⁸ volti a garantire la conformità alle disposizioni del regolamento. Ove questi impegni siano positivamente valutati dalla commissione in termini di adeguatezza ed efficienza rispetto allo scopo, essa può decidere di renderli vincolanti, facendo così venir meno ogni ragione legata al suo intervento. In caso contrario, qualora non ritenga la proposta adeguata alle finalità, la respinge con decisione. È in ogni caso fatta salva la possibilità di intervenire nuovamente, anche dopo l'accoglimento degli impegni, ove le condizioni sostanziali mutino

⁸⁸⁸ Art 71, regolamento dei servizi digitali, Impegni

significativamente, ove i fornitori di piattaforme o motori di ricerca non adempiano agli impegni vincolanti o qualora la decisione di accoglimento sia stata assunta sulla base di informazioni poi risultate inesatte, incomplete o fuorvianti.

Le decisioni da assumersi da parte della Commissione, a seguito dell'esercizio dei poteri di indagine previsti, sono regolate dagli artt. 73 e 74, cui si aggiunge l'art. 76 relativo alle penalità di mora.

La decisione assunta a norma dell'art. 73 consiste in una dichiarazione di non conformità, attraverso cui la Commissione ufficializza che, quanto emerso dalle indagini ha portato ad accertare l'infrazione rilevante ai sensi del regolamento, rileva la mancata realizzazione degli impegni resi vincolanti, ovvero contesta il mancato rispetto delle misure provvisorie adottate. Prima dell'adozione di una decisione di tal tenore la Commissione comunica all'interessato le proprie contestazioni preliminari, ivi indicando anche le misure che lo stesso dovrebbe porre in essere al fine di dar correttamente seguito alle medesime contestazioni. La decisione di non conformità può recare anche l'inflizione delle sanzioni previste dall'art 74, consistenti in sanzioni pecuniarie entro il 6% del fatturato annuo a livello mondiale nel periodo precedente la contestazione. L'irrogazione delle sanzioni è subordinata alla sussistenza di una serie di comportamenti del fornitore, indipendentemente dalla loro natura colposa, dovuta a negligenza, o dolosa, in caso di adozione intenzionale di condotte che violano le disposizioni del regolamento; manchino di rispettare le prescrizioni imposte da una misura provvisoria o siano difformi rispetto a quanto previsto dagli impegni resi vincolanti.

Le stesse sanzioni pecuniarie possono essere irrogate nei confronti dei fornitori di piattaforme o motori di ricerca online di dimensioni molto grandi, ovvero agli altri soggetti, persone fisiche o giuridiche, esercenti attività professionale, imprenditoriale, commerciale, artigianale in ragione della quale siano ritenuti a conoscenza di informazioni rilevanti, ove questi ostacoli l'esercizio dei poteri di indagine della Commissione, fornendo informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti, non le rettificano nel termine stabilito, omettano di rispondere alla richiesta di informazioni, impediscano l'esercizio dei poteri ispettivi rifiutando di sottoporvisi. In presenza di condotte di tal genere, la misura della sanzione pecuniaria è previsto che debba rientrare entro l'1% del fatturato annuo a livello mondiale registrato nel periodo immediatamente precedente.

Ai fini della determinazione dell'effettivo ammontare della sanzione da infliggere, la Commissione valuta la durata, la gravità, la natura dell'infrazione, l'eventuale reiterazione dell'illecito e, per quanto concerne le sanzioni pecuniarie punitive dell'ostacolo apposto all'esercizio dei poteri di indagine, verifica quale sia stato il ritardo che i comportamenti hanno causato al pieno svolgimento del procedimento⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ Evidente risulta l'analogia tra le sanzioni irrogabili dalla Commissione nel settore dei servizi della società dell'informazione e quelle relative al settore *antitrust*, indi per cui, è da ripetersi quanto detto a proposito della corrispondente natura penale delle sanzioni e la necessaria tutela in sede giurisdizionale nel Capitolo II, paragrafo 2.1

Alle sanzioni pecuniarie vere e proprie, si aggiungono le cosiddette penalità di mora, previste dall'art 76, utili a punire i prestatori di servizi, ovvero altre persone fisiche o giuridiche rilevanti ai sensi dell'art 67, ove questi ritardino nell'adempimento ad una delle richieste della Commissione, inerente alle informazioni, alle attività di ispezione, alla conformazione ad una misura provvisoria piuttosto che agli impegni giuridicamente vincolanti, ovvero ad una decisione di non conformità. La misura della penalità di mora non può superare il 5% del reddito giornaliero medio o del fatturato annuo medio realizzato giornalmente a livello globale. L'importo stabilito dalla decisione che irroga la penalità può essere successivamente ridotto dalla Commissione ove i soggetti puniti si siano conformati all'obbligo per la cui violazione la sanzione era stata inflitta.

Sia per l'inflizione delle sanzioni pecuniarie che delle penalità di mora, la Commissione può procedere entro 5 anni dalla realizzazione della violazione, ovvero, in caso di infrazione durevole, dalla sua cessazione⁸⁹⁰. Il termine di prescrizione è interrotto dall'avvio del procedimento, dalla richiesta di informazioni come dall'esercizio dell'attività ispettiva, nonché dalla sottoposizione della decisione della Commissione al controllo giurisdizionale dinanzi alla CGUE.

La diretta gestione da parte della Commissione della vigilanza rivolta nei confronti di fornitori che risultino rientrare nella definizione di piattaforme e motori di ricerca online di "dimensioni molto grandi" dimostra ancora una volta la necessaria proporzionalità tra le misure da adottarsi e il potenziale impatto sociale della violazione perpetrata. È importante evidenziare, infatti, che i fornitori molto grandi possono essere sfruttati per alterare significativamente la sicurezza del mondo digitale⁸⁹¹, per falsare i dibattiti pubblici e l'esercizio dei diritti fondamentali connessi, motivo per cui risulta strettamente necessario rafforzare la pregnanza delle misure normative, di modo che siano idonee a scongiurare la messa in pericolo della sicurezza auspicata, tramite l'adozione di misure soprattutto preventive, affinché i danni siano prima di tutto evitati e, solo in via residuale, riparati.

Ciò posto, come accade anche per la tutela della concorrenza, la gestione della Commissione è affiancata dalla presenza di coordinatori di servizi digitali operanti in ambito nazionale, istituiti dal regolamento al fine di svolgere in ambito domestico quanto viene perpetrato dalla Commissione a livello europeo.

Di seguito si andrà ad analizzare il complesso di competenze di spettanza di quest'organo, che saranno ad esso destinate non appena l'Italia provvederà alla nomina dell'ente che rivestirà tale ruolo⁸⁹².

⁸⁹⁰ Art 77, regolamento dei servizi digitali, termine di prescrizione per l'irrogazione di sanzioni

⁸⁹¹ Considerando n. 79 del regolamento sui servizi digitali

⁸⁹² Il termine ultimo fissato dall'art 49, paragrafo 3, del regolamento è quello del 17 febbraio 2024, data in cui esso diverrà pienamente applicabili

Il capo IV del regolamento si apre con una sezione dedicata alla disciplina delle autorità competenti e dei coordinatori dei servizi digitali. L'art 49 prescrive agli Stati di designare una o più autorità competenti per la vigilanza da perpetrarsi sui fornitori di servizi di intermediazione, ai fini dell'effettiva attuazione del regolamento. Nell'ambito delle autorità competenti, una tra queste deve essere insignita del ruolo di coordinatore dei servizi digitali, preposto alla vigilanza sui fornitori e all'applicazione del regolamento, nonché garante del coordinamento della funzione a livello nazionale. Esso opera in collaborazione con i coordinatori degli altri Stati membri, con la Commissione e il Comitato Europeo dei servizi digitali, si configura quale soggetto dotato di piena indipendenza nell'esercizio delle funzioni cui è preposto, emergendo quale illegittimo qualsiasi condizionamento o influenza esterna⁸⁹³, è dotato delle risorse necessarie allo svolgimento delle proprie prerogative, che esegue in maniera tempestiva, trasparente e imparziale, sempre nell'ottica della collaborazione con la Commissione e gli altri coordinatori nazionali, al fine di perpetrare un'azione improntata ad efficienza ed economicità.

Ai fini della concreta attuazione del regolamento e alla luce delle competenze di vigilanza affidate al coordinatore da parte della disciplina europea, a quest'ultimo è conferita una vasta gamma di poteri sostanzialmente equivalenti a quelli che spettano alla Commissione. Il Coordinatore, infatti, è legittimato a esercitare una serie di poteri di indagine, afferenti alla richiesta di informazioni, di spiegazioni ai membri del personale del fornitore, all'attività ispettiva che, però, se necessaria, deve essere previamente autorizzata da parte dell'autorità giudiziaria. Sempre il Coordinatore, inoltre, è ammesso alla valutazione e, eventualmente, all'accettazione degli impegni proposti, all'adozione di misure provvisorie, all'irrogazione di sanzioni pecuniarie e penalità di mora⁸⁹⁴, all'imposizione di cessazione della violazione, semmai anche ordinando l'adozione di misure correttive proporzionali ed efficaci. In via residuale, ove l'esercizio di poteri diversi non sia sufficiente o adeguato all'attuazione delle disposizioni regolamentari, il coordinatore può imporre all'organo di gestione dei fornitori di valutare la situazione e adottare un piano di azione, garantendo l'attuazione da parte del fornitore delle misure necessarie a far cessare l'infrazione. Ove tale adempimento non pervenga senza ritardo, nel rispetto del principio del contraddittorio e, quindi, dopo aver invitato le parti a presentare le proprie osservazioni, il coordinatore può richiedere all'autorità giudiziaria di ordinare la restrizione dell'accesso al servizio in cui è maturata la violazione rilevata, la quale risulta essere fonte di un grave danno e costituisce reato lesivo della sicurezza o la vita umana⁸⁹⁵.

⁸⁹³ Art. 50, paragrafo 2, regolamento dei servizi digitali

⁸⁹⁴ Per quanto concerne l'irrogazione di sanzioni e penalità di mora, il loro importo è da valutarsi entro i limiti previsti dal regolamento, i medesimi afferenti alle sanzioni di competenza della Commissione, sempre in relazione alla natura, alla durata, alla gravità della violazione e alla sua eventuale reiterazione. La disciplina di sanzioni e penalità è riportata all'interno dell'art 52 del regolamento, rubricato "sanzioni"

⁸⁹⁵ Art 51, regolamento dei servizi digitali, poteri dei coordinatori dei servizi digitali

Il ruolo di vigilanza del coordinatore e l'importanza dello stesso ai fini della garanzia di un corretto funzionamento della prestazione di servizi della società dell'informazione, soprattutto da parte dei fornitori di più grandi dimensioni che, come visto, sono soggetti al diretto controllo della Commissione europea, porta lo stesso a risultare garante del regolamento in tutte le sue sfaccettature, quale strumento di salvaguardia della complessità dei diritti fondamentali emergenti nel settore. Per questo, i destinatari del servizio, nonché organismi e associazioni cui spetta l'esercizio di diritti conferiti da parte del regolamento, sono legittimati a presentare reclamo nei confronti del coordinatore, che lo valuta o, se del caso, lo trasmette all'autorità nazionale cui è stata affidata tale competenza⁸⁹⁶. Gli stessi destinatari del servizio, inoltre, sono ammessi alla richiesta di risarcimento nei confronti dei fornitori del servizio che abbiano commesso un'infrazione rilevante ai sensi del regolamento. Anche in tal caso, emerge la possibilità di un *enforcement* privato, rivolto nei confronti di coloro i quali devono in prima persona rispettare gli obblighi posti dal regolamento, obblighi da cui deriva la responsabilità adeguata in ragione delle diversificazioni operate dalla nuova disciplina che le riprende, però, dalla direttiva n. 31 del 2000.

Ciò posto, alla base dell'esercizio delle funzioni cui il coordinatore è preposto in virtù del regolamento in questione, oltre alla garanzia di piena indipendenza rispetto al loro svolgimento, sta un pervasivo dovere di collaborazione con la Commissione e gli altri coordinatori nazionali affinché si ponga in esse un'azione efficace e coerente nell'applicazione di quanto disposto dalla normativa. In virtù di tale obbligo di cooperazione, ogni coordinatore che avvii un'indagine volta all'accertamento di un'infrazione da parte di uno prestatore di servizi stabilito all'interno dello Stato membro per il quale è competente, è tenuto ad informarne i coordinatori competenti in ragione del luogo di destinazione del servizio, e la Commissione. Ai fini dell'accertamento, inoltre, il coordinatore è legittimato a richiedere agli omologhi degli altri Stati membri informazioni rilevanti in loro possesso, che questi ultimi saranno tenuti a fornire senza ritardo, a meno della presentazione di un giustificato rifiuto⁸⁹⁷. Il coordinatore dei servizi digitali, ove ritenga che la violazione di sua competenza perpetrata da parte di un fornitore abbia ripercussioni sui destinatari del servizio, può richiedere al coordinatore competente del luogo di stabilimento di porre in essere le misure necessarie per le indagini e la risoluzione del problema. La stessa richiesta rivolta al coordinatore del luogo di stabilimento, può pervenire a quest'ultimo da parte del comitato europeo per i servizi digitali, sempre che della stessa violazione non si stia occupando direttamente la Commissione⁸⁹⁸. Il coordinatore dei servizi digitali del luogo di stabilimento può, inoltre, avviare un'indagine sia di sua iniziativa che su raccomandazione del comitato europeo, il quale si attiva a seguito dell'invito di almeno tre

⁸⁹⁶ Il diritto di presentare reclamo è sancito dall'art 53 del regolamento.

⁸⁹⁷ Art 59, paragrafo 3, regolamento dei servizi digitali

⁸⁹⁸ Art 58, regolamento dei servizi digitali, cooperazione transfrontaliera tra coordinatori dei servizi digitali

coordinatori nazionali che abbiano ragione di sospettare fondatamente che la violazione rilevata sia negativamente impattante sui destinatari del servizio⁸⁹⁹.

Ciò posto, risulta evidente che il ruolo dei coordinatori è dirimente per la perpetrazione degli obiettivi fissati in seno al regolamento, fondamentale per tenere sotto controllo i fornitori di servizi della società dell'informazione che non rientrano nella nozione di fornitori di grandi dimensioni, i quali sono direttamente posti sotto l'egida della Commissione europea, ma la cui attività risulta comunque significativa in relazione non tanto alle dinamiche di mercato, ma alla capacità impattante che rivestono con riguardo alla potenziale lesione di diritti fondamentali, quali quello all'informazione. Ove i fornitori risultino responsabili della diffusione di informazioni appositamente manipolate e dolosamente alterate al fine di danneggiare gli utenti che ne avrebbero fruito, essi potranno essere sottoposti ad indagini e, eventualmente, soffrire le decisioni che il coordinatore assumerà, anche e soprattutto con riguardo all'irrogazione delle sanzioni previste *ex lege*.

Ciò detto, in relazione alle dimensioni delle piattaforme e dei motori di ricerca online è da precisare che il regolamento, pur avendo un ampissimo ambito di applicazione e dando voce a principi e norme potenzialmente idonee ad espandere la loro valenza a livello internazionale, rimane inapplicabile ai fornitori rientranti nella nozione di microimprese e piccole imprese⁹⁰⁰. Tale categoria rimane esclusa dagli obblighi previsti dalla normativa così come dai relativi sistemi di *enforcement*, ferma restando l'estensione della possibilità di autovincolarsi all'adempimento di uno o più oneri regolamentari⁹⁰¹. L'esclusione delle categorie di imprese rientranti nella nozione di microimprese e piccole imprese risponde al principio di proporzionalità. Come emerge dal considerare n. 57, infatti, l'aggravio delle stesse con l'imposizione del rispetto della normativa europea sarebbe stato eccessivo rispetto all'effettivo impatto sociale che le stesse possono produrre.

In relazione alla disinformazione, affinché questa possa riempirsi di quel disvalore sociale che muove le istituzioni nazionali e sovranazionali a delineare normative *ad hoc* che la contrastino, questa deve essere perpetrata nell'ambito di una campagna che si serva di fornitori in grado di raggiungere una quantità di utenti considerevole, venendo altrimenti meno l'idoneità a ostacolare e falsare i processi democratici, come quello delle elezioni.

Anche in tal caso, infatti, in ottemperanza all'art 5 TUE, l'azione unionale si dimostra attenta a prevedere misure che siano certamente stringenti, efficaci, utili, ma assolutamente proporzionate, adeguate, necessarie allo scopo in virtù del quale sono fissate. Per la stessa ragione, ogni prescrizione

⁸⁹⁹ Art 60, regolamento dei servizi digitali, indagini comuni

⁹⁰⁰ Per come risultante dalla raccomandazione 2003/361/CE, che al titolo I si occupa della definizione delle microimprese, piccole imprese e medie imprese, sancendo che sono microimprese quelle che occupano meno di 10 persone e il cui fatturato annuo o un totale di bilancio non superiore a 2 mln di euro; sono piccole imprese, invece, quelle che occupano meno di 50 persone e il cui fatturato annuo o totale di bilancio non supera i 10 mln di euro.

⁹⁰¹ Considerando n. 56, ultimo periodo, regolamento dei servizi digitali

è bilanciata e ragionevole, al fine di tutelare i valori obiettivo, per quel che qui interessa, combattere la disinformazione online, senza provocare un'eccessiva e ingiustificata sofferenza dei diritti fondamentali potenzialmente o attualmente in conflitto.

La normativa di cui si è fin qui parlato si applicherà a partire dal 17 febbraio 2024⁹⁰².

Al fine di garantire piena efficacia alle disposizioni europee, entro la data suddetta gli Stati dovranno aver adempiuto alla predisposizione delle misure di loro spettanza, tra cui la nomina delle autorità competenti e del coordinatore, ovvero la definizione di un regime di responsabilità peculiare, che quasi certamente verrà configurato tramite la delineaazione di un illecito amministrativo la cui competenza sarà affidata ad un'autorità *ad hoc*⁹⁰³.

Ora, un'ultima riflessione è dovuta a riguardo del regolamento in questione, organicamente considerato.

La complessità che emerge da quanto detto a proposito di quest'ultimo dimostra l'impegno nella realizzazione di una normativa che fosse il più possibile specchio della realtà sociale, così da riflettere e cercare di dare una risposta alle complessità, contraddittorietà, ai problemi e difficoltà che quotidianamente pone la contemporanea società dell'informazione, realizzando *in evolvendum* il bilanciamento tra la tutela della fondamentale libertà di espressione, con l'altrettanto fondamentale salvaguardia del diritto all'informazione e degli altri diritti fondamentali che con la prima possono entrare in conflitto, ove quest'ultima sia utilizzata illecitamente⁹⁰⁴, nella consapevolezza che *internet* è oggi strumento polivalente, necessario ad alimentare il dibattito democratico, così come utile alla diffusione di istruzione e cultura.

Gli strumenti di *enforcement* apprestati, inoltre, si rivelano differenziati in ragione della dimensione delle piattaforme e dei motori di ricerca online, rispettando quindi i principi di proporzionalità e adeguatezza rispetto all'obiettivo, evitando che la realizzazione di uno spazio digitale sicuro comporti l'eccessiva sofferenza e restrizione dell'esercizio di diritti fondamentali, soprattutto la libertà di espressione e il diritto di informazione, nonché la libertà di iniziativa economica dei provider.⁹⁰⁵

Ciò detto, si andrà ora ad analizzare da un punto di vista peculiare, il tema dell'intelligenza artificiale.

⁹⁰² Come stabilito dall'art. 93 del regolamento dei servizi digitali, relativo all'entrata in vigore e all'applicazione della normativa

⁹⁰³ S. Braschi, *op. cit.*

⁹⁰⁴ A tal proposito, la Corte EDU ha legittimato la rimozione di contenuti d'odio da parte delle piattaforme di *social network*, ritenendo che tale soluzione non sia in conflitto con l'art. 10 della Convenzione, che tutela la libertà di espressione. (da ultimo, Corte EDU, quinta sezione, 2 settembre 2021, Sanchez vs. France, ric. 45581/15)

⁹⁰⁵ Sul punto, S. Braschi, *op. cit.*

3. La disinformazione nell'era dell'intelligenza artificiale

Nonostante possa sembrare strano, i temi di disinformazione su larga scala, dolosamente perpetrata per ledere la società e i processi democratici che la caratterizzano, e intelligenza artificiale, sono oggi legati.

Nell'ambito del mondo digitale, generalmente l'intelligenza artificiale assurge ad argomento cardine in relazione ai principi di funzionamento delle piattaforme online e dei motori di ricerca online, soprattutto in relazione al tema della pubblicità mirata, intesa quale pratica commerciale che sfrutta i dati personali conosciuti per selezionare annunci commerciali e altri contenuti che siano pertinenti con la personalità, le inclinazioni, gli interessi dell'utente⁹⁰⁶. Nell'ambito di ciò che qui interessa, l'intelligenza artificiale sarà intesa non solo quale mezzo dalla portata pressoché illimitata in grado di diffondere disinformazione, ma anche quale evoluzione di un *deep learning* così avanzato da renderla autonoma anche nella decisione a proposito dell'eventuale volontà di diffondere agli utenti informazioni manipolate dallo stesso algoritmo.

Ciò posto, bisogna preliminarmente fissare il concetto di intelligenza artificiale nei suoi contenuti essenziali. Con tale locuzione si indica una famiglia di tecnologie in rapida evoluzione, idonei ad apportare numerosi ed eterogenei vantaggi sociali ed economici al complesso di attività antropiche, siano esse sociali o industriali. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale garantisce l'ottimizzazione dell'uso delle risorse, la personalizzazione delle esperienze nell'erogazione di servizi, ed è utile a contribuire nel perseguimento dei più diversi obiettivi, da quelli sociali a quelli ambientali. Le potenzialità estremamente vantaggiose di tali strumenti sono affiancate da rischi altrettanto importanti, per le persone come per la società, motivo per cui la necessità di una regolamentazione efficace si fa sempre più stringente. Allo stesso tempo, tuttavia, l'ambito in parola è uno di quelli in cui la legge fa più fatica a trovarsi al passo con le evoluzioni, poiché il cammino e progresso della tecnologia è in questa fase così veloce e irrefrenabile da risultare assai complessa una regolamentazione che sia comunque efficace e che sappia adattarsi a sviluppi nuovi e imprevedibili dei sistemi.

Si andrà ora ad analizzare brevemente l'ultima e più recente frontiera dello sviluppo tecnologico afferente ai sistemi di intelligenza artificiale, ChatGPT.

⁹⁰⁶ Per un approfondimento sul tema, F. Galli, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, in *Contratto e impresa*, 3/2022

3.1 La nuova versione di ChatGPT: la disinformazione ai suoi massimi livelli

Il più recente algoritmo di intelligenza artificiale è quello sviluppato da parte di OpenAI⁹⁰⁷, la chatbot ChatGPT.

Tale società ha lanciato ChatGPT 3.5 il 30 novembre 2022 e, a partire da questo momento milioni e milioni di utenti ne hanno fatto un uso costante e diversificato, includendo il dialogo con l'intelligenza artificiale tra le attività quotidiane vantaggiose, quelle in grado di semplificare i problemi e ridurre i tempi di risoluzione, tramite l'elaborazione da parte dell'algoritmo, delle risposte più pertinenti alle domande degli interlocutori.

Poco dopo, all'inizio del 2023, è stata sviluppata una nuova versione, ChatGPT 4, ancora più complessa e, sebbene imperfetta in quanto incapace di discernere il vero dal falso, idonea a ridurre del 40% il tasso di produzione di risposte prive di fondamento, in quanto autoprodotte, inventate, dalla stessa intelligenza. Oggi, l'attenzione è rivolta alla progettazione e produzione di una versione successiva, Chat GPT 5.

Dopo questo breve *excursus* cronologico, in grado di dimostrare quanto velocemente si muova il progresso della tecnologia in parola, rivolto all'elaborazione di versioni sempre più complesse, autonome, umane, ossia capaci di dare una ingravescente illusione di interloquire con un proprio simile, sembra importante riflettere su quanto accaduto nelle ultime settimane, sia in Italia che in ambito internazionale.

Il garante della privacy italiano⁹⁰⁸, a seguito di un'istruttoria annunciata il 31 marzo scorso, l'11 aprile ha inviato una serie di prescrizioni⁹⁰⁹ cui la piattaforma avrebbe dovuto adeguarsi al fine di porre fine all'infrazione che ha portato l'Autorità italiana a decretare una battuta di arresto della disponibilità di Chat GPT in Italia. Il Garante, infatti, ha rilevato gravi infrazioni delle politiche per la tutela dei dati personali e della privacy degli utenti, disponendo che venisse limitata provvisoriamente la legittimazione di OpenAI di trattare i dati di utenti italiani.

L'infrazione della normativa sulla privacy deriverebbe, secondo quanto emerso nella verifica dell'Autorità, dalla mancanza di un'adeguata informazione agli utenti con riguardo alla raccolta dei loro dati personali nonché dall'assenza di una base giuridica idonea a legittimare la raccolta e la conservazione dei dati affinché questi fungano da strumento di insegnamento per gli algoritmi su cui

⁹⁰⁷ Un'organizzazione senza scopo di lucro, finalizzata allo sviluppo dell'intelligenza artificiale

⁹⁰⁸ Un'autorità amministrativa indipendente istituita dalla L. 31 dicembre 1996, n. 675, poi disciplinata dal codice per la protezione dei dati personali, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 come modificato dal d.lgs.101/2018 attuativo del GDPR (General Data Protection Regulation), regolamento 2016/679/UE

⁹⁰⁹ Secondo quanto riportato da: Il Messaggero, *ChatGPT torna online, "Welcome back Italy". Trovato l'accordo con il Garante della Privacy, ecco cosa cambia*, 28 aprile 2023 (aggiornato 29 aprile, ore 11:40), https://www.ilmessaggero.it/tecnologia/news/chatgpt_italia_ritorno_cosa_e_successo-7371381.html

si fonda il funzionamento dell'intelligenza⁹¹⁰. Tali considerazioni si sono formate a seguito della perdita dei dati dei propri utenti, detto data breach, lo scorso 20 marzo.

Ha contribuito ad aggravare la delineata situazione l'assenza degli strumenti necessari a garantire un filtro all'ingresso in base all'età, in conformità con la dichiarazione di OpenAI per cui l'intelligenza artificiale sarebbe riservata all'uso dei maggiori di 13 anni. A questo proposito, al di là della tutela della privacy, si apre uno scenario ancora più delicato e importante, quello della salvaguardia dei minori, soggetti che, non avendo completato il proprio sviluppo fisico, ma soprattutto cognitivo, risultano vulnerabili e soggiogabili da parte della chatbot da loro interpellata, incurante del loro grado di consapevolezza.

A riguardo di tali rilevazioni del Garante, il rappresentante di OpenAI nello Spazio economico europeo deve comunicare all'Autorità, entro 20 giorni, le misure intraprese al fine di colmare le lacune informative e rientrare dalla violazione della privacy degli utenti, pena l'irrogazione di una sanzione fino al 4% del fatturato annuo globale⁹¹¹.

Il 28 aprile 2023, la società ha trasmesso al Garante una nota in cui dava conto della propria conformazione alle richieste, illustrando le modificazioni e le innovazioni apportate in ottemperanza alle prescrizioni dell'Autorità, la quale ha nuovamente aperto le porte italiane all'utilizzo dell'intelligenza artificiale.

Ciò detto, i dubbi e i timori inerenti allo sfruttamento di un tale sistema intelligente permangono. Contemporaneamente alle rilevazioni di infrazioni del Garante della privacy italiano, a livello internazionale si maturava la decisione di interrompere temporaneamente lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, al fine di ottenere del tempo utile alla realizzazione di strumenti di sicurezza idonei a limitarne le potenzialità catastrofiche.

Certamente Bill Gates aveva ragione quando affermava che l'epoca in atto è quella dell'Intelligenza artificiale, ma ciò di certo non può significare uno sconfinamento dell'evoluzione che giunga fino all'auto-sabotaggio dell'essere umano, creatore della stessa ma oramai anche intimorito dalle potenzialità della sua creatura.

È innegabile che l'evoluzione tecnologica è stata da sempre foriera di un miglioramento della qualità di vita degli uomini. Altrettanto vero è, però, che la tecnologia è tradizionalmente stata intesa quale

⁹¹⁰ le rilevazioni dell'Autorità fanno emergere la violazione di alcuni principi cardine in materia di protezione dei dati personali sanciti dal GDPR, quelli inerenti alla trasparenza e alla limitazione della conservazione al perseguimento degli scopi prefissati al cui fine sono stati raccolti e trattati, fine che va chiaramente indicato nell'informativa sulla *privacy*, nonché la riservatezza che è stata lesa al momento del *data breach*. Alla base di tutto sta il diritto all'informazione del titolare dei dati con riguardo alle modalità di trattamento, alle finalità e ai propri diritti inerenti alla modifica nonché all'interruzione del trattamento.

⁹¹¹ Il sole 24 ore, *Intelligenza artificiale, il Garante della privacy blocca ChatGPT* <https://www.ilsole24ore.com/art/intelligenza-artificiale-garante-privacy-blocca-chatgpt-AEWiS9BD>

strumento utile all'incremento qualitativo delle condizioni di vita umane, non come un essere estraneo e autonomo che esistesse al di fuori del ruolo strumentale per cui era stata progettata.

Oggi, un orizzonte neanche troppo lontano vede concretizzarsi l'ipotesi che l'intelligenza artificiale che le più importanti imprese nel mondo stanno concorrendo a progettare, per ora la versione GPT 5, sia sorgente di gravissimi rischi per l'umanità.

Al di là della questione relativa alla protezione dei dati personali, necessariamente marginale nella presente trattazione, un fortissimo problema attiene proprio all'idoneità a diffondere disinformazione su larghissima scala intaccando, danneggiando, oltraggiando i diritti umani.

Uno studio condotto nel gennaio 2023 da NewsGuard⁹¹², sulla versione 3.5 della chatbot, ha fatto emergere che le risposte fornite dell'intelligenza a una serie di provocazioni diffondessero notizie false nell'80% dei casi⁹¹³.

La versione successiva della chatbot, ossia la versione n. 4, è stata sottoposta nello scorso marzo allo stesso test e, nonostante OpenAI avesse dichiarato la capacità del sistema di ridurre dell'82% la possibilità di rispondere a contenuti non consentiti e di accrescere del 40 % la probabilità di risposta su basi fattuali, il responso porta a conclusioni differenti, in quanto fa emergere la diffusione di notizie falsate nel 100% dei casi. Il mancato superamento del test in ordine all'affidabilità delle informazioni trasmesse nell'interlocuzione con l'intelligenza artificiale, è nella versione n. 4 aggravato dal fatto che la maggiore complessità, precisione, tecnologia dell'intelligenza comporta la restituzione di output maggiormente persuasivi e dettagliati, per questo ancora più idonei ad essere strumentalizzati per concretizzare importanti danni sociali. Nell'accrescere la tecnologia e la precisione dell'intelligenza, la società ha mancato di porre rimedio al problema più importante, ossia quello vertente sulle potenzialità nefaste dell'uso della chat da parte di chi la sfrutti con l'intento doloso di diffondere disinformazione⁹¹⁴, una disinformazione resa ancora più pericolosa dall'esperienza e dalla precisione di cui può fregiarsi l'ultima versione della chatbot, e che ancora di più è da temere alla luce dei futuri sviluppi.

A proposito della necessità di intervenire per, se non risolvere, quanto meno controllare e arginare i rischi legati alla perpetrazione di campagne disinformative, con lo strumento più potente mai creato,

⁹¹² NewsGuard è un'estensione del browser internet, creata da newsguard technologies. Questa ha sottoposto la chatbot a un test consistente nella proposizione di 100 narrazioni false tratte da l catalogo di Misinformation Fingerprint

⁹¹³ J. Brewste, L. Arvanitis, M. Sadeghi, *ChatGPT potrebbe portare la diffusione di disinformazione a livelli mai visti prima*, in la Repubblica, 23 gennaio 2023, https://www.repubblica.it/tecnologia/2023/01/23/news/chatgpt_potrebbe_portare_la_diffusione_di_disinformazione_a_livelli_mai_visti_prima-384377276/

⁹¹⁴ In proposito, J. Brewste, L. Arvanitis, M. Sadeghi *GPT-4 produce più fake news e le rende più credibili*, in la Repubblica, 21 marzo 2023, riportano che NewsGuard ha inviato delle mail di richiesta di spiegazioni a Sam Altman, CEO di OpenAI, e a Hannah Wong, responsabile delle relazioni pubbliche. A tali mail non ha ancora, per quanto si sappia, ricevuto risposta.

https://www.repubblica.it/tecnologia/2023/03/21/news/nonostante_le_promesse_di_openai_il_nuovo_modello_basato_sullintelligenza_artificiale_produce_disinformazione_piu_di_frequ-393127598/

bisogna fare riferimento alla sempre più urgente necessità di una legiferazione chiara, equilibrata, generale, capace di adattarsi alle situazioni contingenti e anche ai possibili sviluppi futuri, o almeno a quelli prevedibili.

In ragione di ciò, da tempo a livello sovranazionale si discute in ordine all'emanazione di un regolamento che disciplini l'utilizzo dell'intelligenza artificiale e ne regoli il rapporto con il mercato interno, al fine di garantire il corretto funzionamento dello stesso, e con i diritti fondamentali, all'insegna della loro salvaguardia. L'UE è intenzionata a porsi come leader mondiale nello sviluppo delle tecnologie di intelligenza artificiale che siano garanzia di sicurezza, affidabilità e, allo stesso tempo, rispetti i principi etici, irrinunciabili a livello unionale e nazionale. L'etica ha che fare con lo sfruttamento degli strumenti e con il rispetto dei diritti fondamentali, è un valore che l'unione intende perseguire, bilanciandolo con la necessità di non intervenire in maniera sproporzionata, frustrando il mercato e lo sviluppo tecnologico legato all'adozione di algoritmi di intelligenza artificiale.

La proposta di regolamento europeo sull'intelligenza artificiale⁹¹⁵ mira alla delineazione di una normativa direttamente applicabile all'interno degli Stati membri, che sia uniforme e scongiuri il rischio di frammentazione giuridica, in maniera tale da provvedere a definire una classificazione comune dei tipi di intelligenza artificiale e dei relativi rischi, così da apprestare tutele e soluzioni sempre comuni e concordate, a salvaguardia del funzionamento del mercato interno, unico e senza barriere anche in questo settore, nonché della realizzazione e sviluppo di sistemi sicuri e affidabili che garantiscano il rispetto dei diritti fondamentali e siano coerenti con il principio di certezza del diritto. Preoccupazione primaria delle istituzioni unionali è quella di apprestare una disciplina che definisca alla luce di chiarezza e proporzionalità una serie di requisiti e obblighi legati ai sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, intesi quali sistemi potenzialmente molto lesivi dei valori di salute, sicurezza o rispetto dei diritti fondamentali. La classificazione quale intelligenza artificiale ad alto rischio viene legata dalla proposta della Commissione, non solo alla funzione svolta dal sistema, ma anche alle peculiari finalità e modalità di utilizzo della stessa. In virtù di tali criteri, rientrano tra le intelligenze artificiali ad alto rischio tutti quei sistemi che presentano innegabili implicazioni con i diritti fondamentali elencati nell'allegato III, relativi per esempio alla categorizzazione biometrica, alla formazione professionale, all'amministrazione della giustizia, alla prestazione e fruizione di servizi pubblici e privati essenziali. Una chatbot quale ChatGPT non rientra, a prima lettura, tra i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio. Per tale categoria di IA la proposta prescrive particolari obblighi di trasparenza⁹¹⁶, rivolti alla messa a conoscenza degli utenti della manipolazione

⁹¹⁵ COM(2021) 206 final, proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del consiglio del 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione.

⁹¹⁶ Titolo IV della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale

e artificiale produzione dei contenuti, potenzialmente falsi, e promuove l'adozione di codici di condotta.

In contemporanea, il titolo V della proposta incentiva l'innovazione attraverso la ricerca rivolta allo sviluppo e alla verifica di conformità di nuovi sistemi di intelligenza artificiale, sotto il controllo delle autorità competenti a livello nazionale, le stesse preposte alla regolazione del mercato⁹¹⁷.

Da quanto brevemente detto a proposito della proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale, da questa si evince una volontà unionale complessa, preordinata a conciliare la promozione dello sviluppo tecnologico con l'assoluta urgenza di garantire che questo non risulti lesivo per l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti in ambito sovranazionale e nazionale. La futura disciplina sarà quindi orientata alla promozione di un'innovazione responsabile, che incentivi la realizzazione di nuovi sistemi, ma allo stesso tempo definisca obblighi specifici e stringenti per l'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, legati anche alla costante e imprescindibile presenza di un controllo umano.

Ciò posto, con riguardo alla chatbot da cui è partita la trattazione di tale paragrafo, la sua pericolosità è stata accertata e ha messo in allarme gli stessi ideatori.

In ragione di ciò, infatti, mettendo eccezionalmente da parte gli interessi economici e lucrativi che, nel bene e nel male, in muovono il mondo molto più dell'Amore dantesco, mille esperti, tra imprenditori e accademici di tutto il mondo, tra cui Elon Musk, hanno accettato di firmare una petizione inerente alla temporanea interruzione, che dovrebbe perdurare almeno 6 mesi, dello sviluppo della nuova versione di intelligenza artificiale. Persino il "padre" di questa tecnologica, Sam Altman, ha ammesso di temere la sua creazione, in quanto questa, raggiunto un certo livello di autonomia, si sgancia dal controllo del creatore per diventare un ente a sé stante, capace di diffondere disinformazione su larga scala e perpetrare attacchi informatici⁹¹⁸.

La possibilità che si concretizzi un tale scenario ha fatto sì che tutti i firmatari si unissero nella battaglia avverso lo sviluppo di un sistema che non si è in grado di controllare con gli appositi strumenti di sicurezza, i quali dovranno essere elaborati in via prioritaria rispetto al lancio della nuova versione di intelligenza artificiale. Diviene, infatti, prioritario elaborare strumenti di vigilanza attraverso cui accertarsi e scongiurare che l'algoritmo non sia sfruttato per finalità significativamente

⁹¹⁷ Il considerando n. 72 promuove la realizzazione di uno spazio di sperimentazione controllato che testi la compatibilità di nuovi sistemi di IA con la normativa europea e con la tutela dei diritti fondamentali, nella fase che precede la commercializzazione degli stessi. Per l'accrescimento di efficienza e l'incentivo di economie di scala si auspica la delimitazione di una regolazione comune a tali spazi di sperimentazione, nonché la cooperazione tra gli stessi.

⁹¹⁸ A. Rociola, *L'appello di Musk e mille esperti: "Stop allo sviluppo di ChatGpt, richiamo sconvolgimenti epocali"*, in la Repubblica, 29 marzo 2023, https://www.repubblica.it/tecnologia/2023/03/29/news/musk_stop_sviluppo_chatgpt_rischi_umanita-394154071/

negative e impattanti sulla società, come può rivelarsi la diffusione di notizie alterate a una quantità innumerevole di utenti abitanti in tutto il mondo.

Quanto detto, considerate le logiche di mercato, le potenzialità e i vantaggi economici che la realizzazione di un tale progetto potrebbe apportare al creatore, deve far riflettere sulla reale pericolosità delle tecnologie che si stanno affacciando nel mondo.

La volontà dei diretti interessati di interrompere lo sviluppo di una tecnologia dal valore inestimabile è riflesso di un segnale importante da non sottovalutare.

Lo scenario economico politico mondiale ha dimostrato quanto delicata sia la sopravvivenza non di un uomo, non di un popolo, ma dell'umanità intera, soggetta alla minaccia nucleare.

Altrettanto pericoloso sarebbe dare ad una macchina, dotata di capacità simili, sebbene ancora di molto inferiori, a quelle del cervello umano, il potere di condizionare e controllare la vita degli uomini, il potere di diffondere disinformazione su scala globale.

È noto che l'informazione, oltre ad essere un valore costituzionale, è un potentissimo strumento di consapevolezza, il presupposto per l'esercizio di qualsiasi diritto umano, diritti che nessuno può esercitare senza essere a conoscenza di averne la titolarità.

Al contempo è necessario riflettere sulle conseguenze dell'abuso di tali strumenti tecnologici, che sicuramente facilitano e coadiuvano le attività umane, ma non possono diventare il centro né lo scopo dell'umanità, che ne deve fare un uso non solo limitato alle finalità per cui risultano utili, ma anche consapevole.

Da questo punto di vista, i primi a dover essere tutelati, come giustamente rileva il Garante della privacy nel momento in cui ha rilevato l'infrazione dell'intelligenza rispetto alla tutela dei dati, sono i minori, piccoli uomini e piccole donne vulnerabili e bombardati da informazioni e conoscenze che non sono in grado né di assumere né di vagliare attraverso uno spirito critico, quella coscienza che solo con la crescita personale si può formare e che un bambino di certo non possiede.

Ciò detto, nonostante sia certa l'importanza dell'evoluzione, intesa quale progresso inerente a tecnologia e cultura, è bene riconoscere che si ha di fronte un caso assolutamente eccezionale, per cui una interruzione, se non imprescindibile, è senz'altro necessaria al fine di vagliare e predisporre ogni possibile rimedio alla possibilità che la creatura sfugga dall'attento controllo del creatore.

Nella prospettiva di scongiurare l'eventualità di uno sfruttamento dell'intelligenza elaborata finalizzato alla diffusione di notizie false, la cui divulgazione sarebbe così capillare, dettagliata, incisiva e convincente da non potersi, ad oggi, neanche prevedere con precisione quale davvero potenzialmente sia la portata del danno che ne conseguirebbe, è importante delineare una disciplina che delinea all'insegna della collaborazione il ruolo dei fornitori e quello delle autorità pubbliche. Sicuramente l'efficacia dell'*enforcement* privato realizzato da parte di chi fornisce il servizio legato

alla chatbot risulta accresciuta dalla diretta conoscenza e ricerca che gli stessi perpetrano sullo strumento, potendo questi elaborare sistemi di controllo peculiari, funzionali e vantaggiosi. Al contrario, per quanto riguarda la possibile regolazione dell'intervento di un'autorità pubblica per rilevare e punire un'infrazione legata alla perpetrazione di finalità disinformative, essa dovrebbe agire probabilmente in coerenza con il principio di precauzione, poiché, sebbene la disinformazione non si leghi direttamente alla tutela dell'ambiente, la portata di una campagna di disinformazione condotta attraverso uno strumento così potente come la chatbot in questione non si conosce ancora, come del resto dimostra la petizione interruttiva dello sviluppo, e per questo dovrebbe essere trattata preventivamente e, solo in via residuale con interventi punitivi. Del resto, anche se la disinformazione non equivale alla tutela dell'ambiente, il danno sociale che ne consegue potrebbe tranquillamente avere a che fare con la salvaguardia della salute⁹¹⁹ o dell'ambiente salubre, come di ogni altro diritto fondamentale riconosciuto, in quanto l'alterazione può coinvolgere informazioni inerenti a qualsiasi tema, fino a minare alle stesse basi dell'ordine democratico.

3.2 La proposta di regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale

L'unione Europea, anche nel settore tecnologico dell'intelligenza artificiale sa di dover approfondire l'impegno necessario per conciliare l'evoluzione tecnica con la centralità di quelli che sono i pilastri irrinunciabili dell'ente sovranazionale, ossia i diritti fondamentali riconosciuti a livello costituzionale interno e unionale.

Sulla scorta di questa consapevolezza, l'istituzione preposta all'espletamento di attività di iniziativa legislativa, la Commissione Europea, nel 2021, ha presentato una proposta di regolamento relativo alla normazione dell'intelligenza artificiale⁹²⁰, articolato e complesso come, del resto, è la materia da regolare tramite la suddetta disciplina. La legislazione in ambito tecnologico, infatti, presenta aspetti di notevolissima difficoltà, in quanto caratterizzata da *iter* inidonei ad adattarsi alla velocità con cui i fenomeni si dispiegano e producono effetti, arrivando a comprenderli e schematizzarli tramite una disciplina giuridica spesso quando sono ormai obsoleti⁹²¹.

La disciplina, nella dichiarata volontà di far sì che l'UE si dimostri *leader* nello sviluppo e nella promozione dell'intelligenza artificiale, si orienta a promuovere un'evoluzione e un'utilizzo della

⁹¹⁹ Come accaduto durante la pandemia da COVID-19

⁹²⁰ La complessità della materia è dimostrata dall'enorme mole della proposta, che consta di 89 considerando e 85 articoli, spesso assolutamente compositi. T. E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2022, riporta il dato per cui almeno un articolo della proposta, coincidente con l'art 4, è composto da 44 paragrafi.

⁹²¹ A. Punzi, G. De Rita, P. Marchetti, G. Perlingeri, L. Salvato: "*Professioni legali e nuove tecnologie. Come sarà il notaio del futuro?*", in *Notariato* n. 1/2021, p. 5

stessa che non prescindano da una correzione perpetrata alla luce del pensiero costituzionale⁹²², elaborando norme che non siano eccessivamente restrittive, complesse, demonizzanti, sanzionatorie, ma anzi promozionali⁹²³. È evidente, infatti, la necessità di implementare sviluppo e ricerca connessi alla realizzazione di strumenti di intelligenza artificiale al fine di controllarne i rischi ma, allo stesso tempo, sfruttarne i vantaggi e rimanere competitivi nel mercato globale, considerate le caratteristiche delle macchine intelligenti assolutamente impassibili ad attagliarsi ai confini tipici del diritto, quelli nazionali, ma piuttosto idonee ad abbattere le barriere geo-fisiche mondiali.

La proposta della Commissione, coerentemente con la necessità di uniformare il più possibile la disciplina relativa all'intelligenza artificiale, sfrutta lo strumento del regolamento, atto *self executing* all'interno degli ordinamenti nazionali⁹²⁴.

La disciplina europea mantiene al centro delle riflessioni sempre e comunque l'essere umano, cercando in tutti i modi di scongiurare l'eventualità che si verifichi il fenomeno definito quale la “*tirannia dell'algoritmo*”⁹²⁵, poiché soggetto deve essere sempre l'uomo e mai l'algoritmo.

La *leadership* europea, del resto, non potendo più mirare alla pura primazia tecnologica già detenuta da Stati Uniti e Cina, che pochi scrupoli si fanno rispetto allo sfruttamento più vantaggioso delle macchine intelligenti, senza curarsi dei profili critici dal punto di vista etico e dei diritti fondamentali, non può che estrinsecarsi nell'ambito più prettamente “europeo” quello del garantismo rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, fissando degli standard di portata potenzialmente globale. Questi ultimi, consentirebbero all'UE di fungere da faro nell'acquisizione a livello internazionale della consapevolezza in ordine alla necessità di conciliare etica e tecnologia, promuovendo un utilizzo responsabile dell'intelligenza artificiale⁹²⁶.

L'intelligenza artificiale, in seno alla proposta, è definita quale insieme di tecnologie “*in rapida evoluzione in grado di apportare una vasta gamma di benefici economici e sociali in tutto lo spettro delle attività industriali e sociali*”. Più precisamente, l'art 3 della proposta di regolamento definisce i sistemi di intelligenza artificiale, come software sviluppati attraverso metodi previsti nell'allegato

⁹²² T. E. Frosini, *op. cit.*, riporta quanto detto da A. D'Aloia, *Il diritto verso “il mondo nuovo”. Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, nel vol. *Intelligenza artificiale e diritto: come affrontare un mondo nuovo*, Milano, FrancoAngeli, 2020

⁹²³ T. E. Frosini, *op. cit.*

⁹²⁴ Come statuito da parte dell'art 288 TFUE

⁹²⁵ In proposito, S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza GLF, Bari, 2014. In questo testo si evidenzia il problema legato alla “dittatura dell'algoritmo” quale “emblema di una società della spersonalizzazione, nella quale scompare la persona del decisore, sostituito appunto da procedure automatizzate; e scompare la persona in sé considerata, trasformata in oggetto di poteri incontrollabili”. La locuzione “tirannia dell'algoritmo” è apprestata da E. Battelli, “Necessità di un umanesimo tecnologico: sistemi di intelligenza artificiale e diritti della persona”, in *Diritto di famiglia e delle persone*, n. 3/2022

⁹²⁶ Sul tema, G. Resta, *cosa c'è di “Europeo” nella proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2/2022, p. 323-342

I, quindi approcci di apprendimento automatico, supervisionato, non supervisionato, rinforzato e profondo, approcci statistici, ovvero basati sia su logica che su conoscenza, compresi motori inferenziali deduttivi, ragionamento simbolico e sistemi esperti.

L'innovatività, i vantaggi sociali e anche ambientali connessi allo sviluppo e all'evoluzione delle tecnologie nell'ottica di migliorare l'approccio "green" e la transizione verde dell'Europa, vogliono ora essere oggetto di un'attenta e peculiare regolamentazione, più volte auspicata da Parlamento europeo e Consiglio. Questi si sono fatti portatori della necessità di pervenire a un sistema normativo idoneo a garantire una posizione di avanguardia all'Unione Europea sia dal punto di vista della promozione rispetto allo sviluppo di tecnologie sempre più avanzate da parte delle imprese del settore, sia in ordine al rispetto e alla tutela dei diritti fondamentali delle persone.

Gli obiettivi dichiarati dalla Commissione nella proposta di regolamento attengono a: assicurare che i sistemi di intelligenza artificiale sul mercato unionale rispondano a dei criteri di sicurezza e siano conformi alla disciplina in materia e al rispetto dei diritti fondamentali; garantire certezza del diritto in modo da promuovere e agevolare gli investimenti nel campo dello sviluppo dell'intelligenza artificiale; migliorare l'applicazione e l'effettività della normativa atta a garantire la sicurezza dei sistemi di intelligenza e la tutela dei diritti fondamentali; promuovere la formazione e il funzionamento del mercato unico che fornisca sistemi di intelligenza artificiale leciti, sicuri e affidabili e prevenire situazioni di frammentazione del mercato.

La consapevolezza che l'utilizzo di intelligenze artificiali sia potenzialmente in grado di incidere negativamente sui diritti fondamentali garantiti a livello sovranazionale porta la proposta di regolamento a farsi garante di un "elevato livello di protezione", obiettivo da cui nasce un approccio della disciplina basato sul rischio. Da ciò deriva la promozione e la tutela di una serie di diritti, quali la dignità umana, il rispetto della vita privata e familiare, a parità tra uomini e donne, ma anche la restrizione di diritti diversi, come la libertà di impresa, al fine di assicurare una "innovazione sostenibile", in modo da ridurre al minimo rischi di violazioni inerenti alla sicurezza e ai diritti fondamentali.

3.2.1 I sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio

Per quanto riguarda il sistema di normazione adottato dalla proposta, esso si fonda, come anticipato, su una classificazione che definisce *ex ante* i rischi legati all'utilizzo dell'intelligenza artificiale⁹²⁷.

⁹²⁷ Il modello basato sul rischio adottato dalla Commissione prevede rischio inaccettabile, alto, basso o minimo. L'art 5 della proposta elenca le applicazioni dell'intelligenza artificiale che sono assolutamente vietate in virtù dell'inaccettabilità del rischio cui espongono salute, sicurezza e diritti fondamentali. L'art 6 regola, invece, le applicazioni considerate ad

Il titolo III della proposta contiene una serie di norme rivolte a intelligenze artificiale che comporta un rischio qualificato come “alto” nei riguardi della salute, della sicurezza, dei diritti fondamentali delle persone fisiche.

La classificazione di un sistema come intelligenza artificiale ad alto rischio non deriva semplicemente da una valutazione legata alla funzione dell’intelligenza artificiale stessa, ma comprende anche la considerazione in ordine alle finalità cui è rivolta e alle modalità attraverso cui si perpetra l’utilizzo. Il novero di tali sistemi è contenuto nell’art 6, paragrafo 1, lett. a) e b) e paragrafo 2. La prima indica essere intelligenze artificiali ad alto rischio quelle atte a essere utilizzate come “componente di sicurezza di un prodotto” o è essa stessa un prodotto⁹²⁸. La seconda lettera si riferisce al prodotto il cui componente di sicurezza è un sistema di intelligenza artificiale, ovvero al sistema stesso in quanto prodotto, che sia soggetto a una valutazione di conformità da parte di terzi per l’immissione sul mercato.

Il paragrafo 2 qualifica come sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio quelli elencati nell’allegato III⁹²⁹, tra cui quelli atti all’identificazione biometrica dei soggetti, quelli utilizzati per acconsentire l’accesso di persone fisiche a istituti di istruzione o formazione professionale, ovvero per l’assunzione o la selezione di persona fisiche, quelli utilizzati nell’ambito dell’amministrazione della giustizia ai fini dell’assistenza a un’autorità giudiziaria nell’interpretazione di fatti e diritto nonché per l’applicazione della legge ai casi concreti.

Lo sfruttamento di un sistema di intelligenza artificiale, quindi, in uno dei settori o per le finalità previste dall’art. 6 deve essere considerato come potenzialmente e altamente pregiudizievole per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali, rischio da cui discende l’urgenza di regolare il controllo su un tale utilizzo. L’art 14 della proposta di regolamento, infatti, è rubricato “sorveglianza umana” e dispone la necessità che i sistemi ad alto rischio siano progettati con interfacce idonee a garantire un’efficace supervisione da parte di persone fisiche, in tutto il periodo in cui il sistema rientra nel novero di quelli qualificati come ad alto rischio⁹³⁰.

alto rischio e, come dice G. Finocchiaro, *La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 2/2022, è il legislatore a stabilire quali sistemi siano ad alto rischio e come gestire lo stesso.

⁹²⁸ “Disciplinata dalla normativa di armonizzazione dell’Unione contenuta nell’allegato II” (art 6, paragrafo 1, lett. a) proposta di regolamento europeo sull’intelligenza artificiale)

⁹²⁹ L’elenco di cui all’allegato III può essere aggiornato dalla Commissione a norma e nel rispetto delle condizioni previste dall’art 7 della proposta di regolamento, tramite l’emanazione di atti delegati ex art. 73 dello stesso atto.

⁹³⁰ Al requisito del controllo se ne affiancano altri peculiari dei sistemi ad alto rischio previsti dal capo 2 della proposta di regolamento, come quelli relativi alla predisposizione di un adeguato sistema di gestione dei rischi e di trasparenza.

La proposta di regolamento è stata oggetto di analisi da parte del Consiglio, nella sua composizione “trasporti, telecomunicazioni ed energia”, il quale ha recentemente espresso il proprio orientamento generale in merito alla normativa proposta dalla Commissione.

3.2.2 L’orientamento generale del Consiglio sulla proposta di regolamento Europeo sull’intelligenza artificiale, ora voce al Parlamento Europeo

Il 6 dicembre 2022 il Consiglio ha adottato il proprio orientamento generale con riguardo alla proposta di regolamento europeo sull’intelligenza artificiale avanzata nel 2021 dalla Commissione Europea.

In seno al Consiglio, i ministri hanno riconosciuto l’importanza della normativa, l’equilibrio di cui è foriera tra lo sviluppo tecnologico e la tutela dei diritti fondamentali, convenendo anche riguardo alla portata potenzialmente globale dell’approccio dell’Unione rispetto alla regolamentazione del settore. Il testo compromesso prende le mosse dalla definizione di intelligenza artificiale al fine di chiarirla ed evitare problematiche confusioni con i semplici software. Il Consiglio limita il concetto di sistemi di intelligenza artificiale ai sistemi sviluppati mediante approcci di apprendimento automatico e quelli basati su logica e conoscenza, escludendo, quindi, in base alla definizione prima riportata dell’art 3 della proposta di regolamento, la lettera c) dell’allegato I, ora integralmente soppresso⁹³¹.

La definizione del Consiglio, ex art. 3, n. 1, delinea il sistema di intelligenza artificiale quale “*sistema progettato per funzionare con elementi di autonomia e che, sulla base di dati input forniti da macchine e/o dall’uomo, deduce come raggiungere una determinata serie di obiettivi avvalendosi di approcci di apprendimento automatico e/o basati sulla logica e sulla conoscenza, e produce output generati dal sistema quali contenuti (sistemi di IA generativi), previsioni, raccomandazioni o decisioni, che influenzano gli ambienti con cui il sistema di IA interagisce*”

Per quel che qui interessa, ulteriori modifiche sono state apportate al titolo III, capo 2 che riguarda i requisiti previsti per i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio, con la dichiarata intenzione di rendere l’attuazione effettiva della disciplina maggiormente realizzabile e meno onerosa, soprattutto per le PMI, ad esempio con riguardo ai documenti da redigere per dimostrare la conformità dei sistemi di IA ad alto rischio da loro utilizzati ai requisiti previsti dal futuro regolamento.

Allo stesso modo, sempre nell’ottica della proporzionalità, il Consiglio ha ritenuto di modificare l’art. 71 relativo alle sanzioni irrogabili per violazione della normativa, ridefinendo i massimali in maniera più adeguata per le PMI e le *start-up*.

⁹³¹ Approcci statistici, stima bayesana, metodi di ricerca e ottimizzazione.

Il Consiglio decide, inoltre, di aggiungere il titolo 1 *bis* alla proposta di regolamento, atto a disciplinare i sistemi di intelligenza artificiale “per finalità generali”, ossia un sistema che, indipendentemente dalla modalità con cui è immesso sul mercato o messo in servizio, è destinato a svolgere, in base alle volontà del fornitore, funzioni di applicazione generale⁹³². Un sistema di intelligenza artificiale per finalità generali può essere, coerentemente con la definizione del concetto, utilizzato in contesti eterogenei e, anche essere integrato in altri sistemi di IA, tra cui quelli ad alto rischio.

Ciò detto, espresso il proprio orientamento generale, la palla è passata al Parlamento Europeo.

Quest’ultimo ha faticato a trovare un accordo tra i membri, accordo che è arrivato alla fine del mese di aprile scorso e che ha rivisto il testo della proposta regolamentare soprattutto con riguardo all’accrescimento degli obblighi e alla delineazione di una disciplina più severa con riguardo ai sistemi di intelligenza artificiale privi di un preciso scopo, come sotto categoria da quelle a finalità generali, come la Generative AI (artificial intelligence) ChatGPT, i quali dovranno essere progettati e sviluppati in modo tale da non nuocere ai diritti fondamentali, soprattutto alla libertà di espressione. Ecco che ritorna l’impellenza di tutelare la libertà di manifestazione del pensiero di cui si è parlato nella trattazione, libertà che si ricordi consta di una dimensione attiva e di una passiva che è qui di maggiore interesse, ossia il diritto a essere informati.

Per i sistemi di AI ad alto rischio il Parlamento esplicita i principi generali connessi allo sfruttamento di tali algoritmi, principi legali alla supervisione umana, alla trasparenza nonché alla compatibilità con la tutela ambientale per cui i modelli di fondazione dovranno essere conformi agli standard ambientali europei⁹³³, ambiente che si conferma essere priorità e materia integrata in ogni altro alveo dell’azione unionale.

Ciò detto, un fondamentale punto di discussione tra i membri del Parlamento Europeo è stato quello inerente alla precisa definizione di “sistema di intelligenza artificiale”, concetto che, a partire dal 3 marzo scorso, è stato scelto di delineare in conformità a quanto fatto dall’OCSE.

La recente definizione adottata dal Parlamento afferma che per “*sistema di intelligenza artificiale*” si intende “*un sistema basato su una macchina, che è progettato per operare con vari livelli di autonomia, e che può, per obiettivi espliciti o impliciti, generare output come previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano ambienti fisici o virtuali*”⁹³⁴.

⁹³² Art 3, n. 1 *ter* della proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale, aggiunto dal testo compromesso del Consiglio.

⁹³³ L. Bertuzzi, *MEPs seal the deal on Artificial Intelligence Act*, [EURACTIVE.com](https://euractive.com), 27 aprile 2023

⁹³⁴ L. Bertuzzi, *EU lawmakers set to settle on OECD definition for artificial intelligence*, [EURACTIVE.com](https://euractive.com), 7 marzo 2023

La definizione risulta simile a quella contenuta nel testo compromesso del Consiglio, sebbene maggiormente snella e lineare.

Recentissimamente, l'11 maggio scorso, il Parlamento europeo ha approvato l'artificial intelligence act, con 84 voti a favore, 7 contrari e 12 astenuti.

Al 14 giugno 2023 è provvisoriamente fissata la data per l'adozione in plenaria da parte del Parlamento europeo⁹³⁵ di un atto che, come espresso da B. Benifei⁹³⁶, “*tutelerà i diritti senza fermare l'innovazione*”⁹³⁷.

⁹³⁵ L. Bertuzzi, *AI Act moves ahead in EU Parliament with key committee vote*, [EURACTIVE.com](https://www.euractiv.com), 11 maggio 2023

⁹³⁶ Capodelegazione del Pd al Parlamento Europeo e relatore del testo sull'intelligenza artificiale

⁹³⁷ Ansa, *Primo via libera del Parlamento alle regole per l'intelligenza artificiale. No al riconoscimento facciale nei luoghi pubblici*, 11 maggio 2023

https://www.ansa.it/europa/notizie/euoparlamento/news/2023/05/11/primo-via-libera-del-parlamento-alle-regole-per-lintelligenza-artificiale_4083a27c-0ad8-4e81-9790-24639cdadcb6.html

Capitolo IV- Un'analisi trasversale

Sommario: **1. Il *public enforcement*: Autorità amministrative indipendenti e Ministeri;** 1.1 La legittimazione democratica e l'indirizzo politico, prerogative ministeriali; 1.2 L'indipendenza e le competenze tecniche, caratteristiche indefettibili delle Autorità amministrative indipendenti; **2. La complementarità tra strumenti di *public* e *private enforcement*;** 2.1 L'integrazione a la difforme efficacia di *public enforcement* e *private enforcement* nei diversi settori; 2.2 L'orientamento nazionale e sovranazionale sull'*enforcement*; 2.2.1 *Public enforcement* o *private enforcement*: la strategia privilegiata dalle amministrazioni; 2.2.2 Quali privati giocano un ruolo da protagonista nell'esperimento di azioni di *private enforcement*; **3. Una tutela giurisdizionale piena ed effettiva;** 3.1 Il giudice amministrativo, un sindacato completo sull'operato delle amministrazioni; 3.2 Il *private enforcement* e il ricorso alla giurisdizione ordinaria.

1. Il *public enforcement*: Autorità amministrative indipendenti e Ministeri

Tramite la trattazione sin qui affrontata dei temi relativi al *public* e *private enforcement* nei diversi ambiti delineati, è emersa una diversa assegnazione di competenze ad autorità amministrative indipendenti appositamente istituite per la regolazione, la vigilanza, il controllo, l'irrogazione di sanzioni nello specifico campo cui è preposta, ovvero al Ministero di riferimento per il settore stesso. Risulta chiaro che l'azione ministeriale piuttosto che amministrativa in mano alle autorità reca imprescindibili differenze, sia a monte, con riferimento al *modus operandi* dei soggetti in questione, sia a valle, con riguardo agli effetti che ne conseguono.

Il Ministero, per ciò che qui ha interessato, quello dell'Ambiente e dello sviluppo economico, il primo con riguardo all'*enforcement* in materia ambientale, unico soggetto legittimato ad agire direttamente per la tutela del bene "ambiente" ex art 311 del d.lgs. 152/2006; il secondo competente all'irrogazione di particolari sanzioni amministrative pecuniarie, nonché la decisione in merito alla destinazione di provvedimenti autorizzatori in materia di erogazione di servizi di media audiovisivi, ovvero di concessioni, come le decisioni in merito alla sospensione dell'attività di erogazione o alla revoca di autorizzazioni e concessioni⁹³⁸.

Per quanto concerne le Autorità amministrative, invece, si è visto che una loro istituzione non è stata completata nell'ambito della tutela ambientale, al contrario di quanto avvenuto nel settore della concorrenza e delle comunicazioni, all'interno dei quali la vigilanza e i poteri delle autorità si sono

⁹³⁸ Art. 68, d.lgs. 208/2021 (TUSMA)

esplicati già a partire dagli anni '90⁹³⁹. Il loro apporto in termini di controllo e regolazione dei settori cui sono preposte è stato finora incommensurabile, anche in considerazione della collaborazione che sta alla base del loro funzionamento, reso sempre più efficiente proprio dalla cooperazione con gli omologhi all'interno degli altri Stati membri e con la Commissione Europea.

Si andrà ora a parlare separatamente delle prerogative dei ministeri e delle autorità, in modo da meglio comprendere le scelte di destinare alle seconde, o lasciare in mano ai primi, determinate prerogative fondamentali per la tutela di valori costituzionalmente rilevanti, quali quelli a oggetto della presente trattazione.

1.1 La legittimazione democratica e l'indirizzo politico, prerogative ministeriali

I Ministeri sono organi dello Stato e consistono in una delle articolazioni dello stesso⁹⁴⁰, tipica degli ordinamenti contemporanei.

I Ministeri sono giuridicamente privi di personalità giuridica autonoma rispetto a quella statale, ma di fatto agiscono come se la possedessero, in quanto uffici dalla complessa organizzazione, dotati di personale e mezzi propri atti a operare nell'ambito di un settore definito e omogeneo⁹⁴¹.

Essi rappresentano il vertice ultimo della pubblica amministrazione, quello politico che, in ragione della propria legittimazione democratica, poiché retto da soggetti derivati dalle elezioni politiche popolari per la nomina dei propri rappresentanti in Parlamento, elezioni da cui deriva la formazione del Governo e, quindi, del Consiglio dei ministri, si adopra ai fini di indirizzare legittimamente l'azione delle pubbliche amministrazioni che rappresentano sue diramazioni. Ogni Ministro, infatti, è nominato dal Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, ed è di una responsabilità individuale piena a riguardo degli atti adottati dal proprio dicastero, nonché di una responsabilità collegiale discendente dalle deliberazioni del Consiglio.

La legittimazione democratica che può vantare ogni ministero sta alla base della sua possibilità di influenzare l'attività delle pubbliche amministrazione al fine di fornire loro un orientamento, un indirizzo prettamente politico che rispecchi le volontà, le inclinazioni, la rotta che il Governo intende imprimere all'organizzazione e al funzionamento dello Stato. La funzione di indirizzo espressa dai vertici ministeriali, però, non può mai confondersi e ingerirsi nell'attività gestoria, propria dei

⁹³⁹ La legge istitutiva dell'AGCM è l. 10 ottobre 1990, n. 287; per quanto riguarda l'AGCOM, questa venne istituita a partire dalla L. 31 luglio 1997, n. 249

⁹⁴⁰ Istituiti a partire dalla L. 23 marzo 1853, n. 1483, attuata con regolamento inserito nel R. D. 23 ottobre 1953, n. 1611. La legge in parola ha per lungo tempo regolato l'organizzazione ministeriale, superata solo dalla riforma intervenuta con il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300

⁹⁴¹ Treccani online: "Pubblica amministrazione in Italia": https://www.treccani.it/enciclopedia/pubblica-amministrazione-in-italia_%28XXI-Secolo%29/#:~:text=I%20ministeri%2C%20pur%20essendo%20meri,in%20settori%20di%20intervento%20omogenei.

dirigenti delle pubbliche amministrazioni, in quanto la separazione è strettamente connessa al principio del buon andamento della pubblica amministrazione espresso in seno all'art. 97 della costituzione, anche quale corollario del principio di imparzialità dell'azione amministrativa⁹⁴².

I singoli Ministri, infatti, rivestono una funzione di indirizzo politico che consente loro di fissare i programmi e definire gli obiettivi da imprimere all'azione delle amministrazioni afferenti a ogni ministero, verificando, di anno in anno, la rispondenza tra gli obiettivi da perseguire e i risultati conseguiti dalle amministrazioni stesse, in modo da valutare l'operato dei dirigenti nel settore gestorio, di loro competenza.

Le pubbliche amministrazioni, quindi, agiranno nel rispetto delle finalità espresse in sede di definizione degli obiettivi legati all'indirizzo politico, annualmente impartiti dal ministero di riferimento.

È, a questo punto, evidente che un *enforcement* pubblicistico fondato sull'azione ministeriale mai potrà scindersi da considerazioni che esulano dal puro, indipendente, incondizionato controllo del settore cui sono addetti, ma che si inseriscono nell'ambito di valutazioni che coinvolgono il parametro inerente all'opportunità politica di un'azione in tal senso. La riflessione in merito a una congruità di tal tipo, da un lato consente di adattare alle contingenze l'impronta del governo democraticamente legittimato, scongiurando l'eventualità che esso si distanzi dall'indirizzo che ne ha consentito l'elezione, dall'altro mette a repentaglio la pura salvaguardia dell'interesse cui gli strumenti di *enforcement* sono rivolti.

L'azione ministeriale, quindi, sarà a monte condizionata da valutazioni di carattere non solo tecnico, ma anzi, piuttosto politico, mentre a valle sarà considerata quale azione del governo, inattaccabile a livello politico in quanto democraticamente legittimata, tuttavia sindacabile da parte del giudice competente dal punto di vista legale e tecnico

Come visto a proposito dell'azione in materia di tutela ambientale, il Ministero dell'ambiente non viene mai *expressis verbis* obbligato dalla legge ad agire, ma si ritiene sia quantomeno onerato delle denunce che a esso pervengono a norma dell'art 309 del t.u.a.⁹⁴³, al fine di attuare anche la disciplina comunitaria e internazionale che preme per l'adozione di tutte le misure preventive o precauzionali necessarie a scongiurare la realizzazione di un grave danno all'ambiente.

Il giudice amministrativo, poi, sarà competente a conoscere dei ricorsi nati in ragione della realizzazione di un danno soggettivo causalmente legato a un'eventuale inerzia ministeriale rispetto alla messa in campo delle misure valutate come necessarie in ragione della potenziale verifica di una lesione dell'ambiente, per come denunciata *ex art 309*.

⁹⁴² *Ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2022, n. 1860. Il principio di imparzialità è trasposto a livello legislativo all'interno dell'art 1, comma 1, L. 7 agosto 1990 n. 241

⁹⁴³ si veda in proposito: Capitolo I, paragrafo 2.2.1

Dall'altro lato, però, ove non sia presentata denuncia da parte dei soggetti interessati, l'azione ministeriale a tutela dell'ambiente è sì obbligatoria in quanto a ciò è preposto il ministero, ma non coercibile da parte del giudice in quanto legittimato ad agire per la realizzazione del danno ambientale è unicamente lo stesso Ministero, solo soggetto preposto alla salvaguardia del bene "ambiente" quale bene collettivo unitario.

La scelta di lasciare al solo Ministero dell'ambiente, l'unico ministero, rilevante nella presente trattazione, a essere competente per la tutela dell'interesse cui è preposto, senza nessun altro ausilio da parte di un'autorità amministrativa che in ambito ambientale non è mai stata istituita, deriva certamente dall'esigenza di un'azione che fosse uniforme e unitaria, il che ha reso legittimo, secondo la Corte costituzionale⁹⁴⁴, l'esautoramento degli enti locali della propria legittimazione ad agire per la tutela dell'ambiente, prima prevista dall'art 18 della L. 349/1986. Allo stesso modo, l'esigenza e la sensibilità politica internazionale del tema ambientale, necessita di un'azione che sia politicamente orientata e che si realizzi non tanto in maniera autonoma e indipendente, quale sarebbe quella di un'autorità amministrativa, ma quale dipendente e attenta alla tutela dei rapporti internazionali, in considerazione della naturale portata transfrontaliera del danno ambientale, che mal si attaglia a essere contenuto all'interno di ben definiti confini nazionali, in quanto l'acqua, l'aria⁹⁴⁵, il terreno sono per loro natura comuni a tutto il mondo, insensibili alle delimitazioni geografico-politiche atte a circoscrivere il potere sovrano dei diversi Stati. Lo Stato, quindi, in tal caso nella persona del Ministero dell'Ambiente, avoca a sé funzioni amministrative, in quanto azioni esercitate a tutela della collettività, al fine di garantire una uniforme tutela del bene ambientale unitario, anche in considerazione del carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici⁹⁴⁶.

Allo stesso modo, il Ministero dello sviluppo economico, nell'ambito delle proprie competenze in materia di servizi di media audiovisivi, telecomunicazioni, per come previste dal Codice delle comunicazioni elettroniche e dal d.lgs. 208/2021, si occupa piuttosto di questioni che tangono gli aspetti politici più che tecnici dei servizi di telecomunicazione. Il ministero, infatti, è preposto all'adozione del Piano nazionale di ripartizione delle frequenze, si coordina a livello internazionale per stabilire congiuntamente quali siano le frequenze spettanti all'Italia, rilascia i diritti d'uso e verifica sul loro utilizzo, definisce il perimetro del servizio universale e gestisce il relativo fondo, irroga le sanzioni previste dal codice⁹⁴⁷.

⁹⁴⁴ Corte Costituzionale, sentenza 126/2016

⁹⁴⁵ L'aria non è contemplata dalla definizione di danno ambientale fornita dall'art 300 T.u.a., ma inserita a pieno titolo in questa a partire dalla considerazione della Corte di Cassazione per cui non può essere negata la qualificazione dell'aria in termini di fondamentale risorsa naturale per ogni essere vivente, animale e vegetale (Corte di Cassazione penale, Sez. III, sentenza 3 luglio 2018 n. 51475)

⁹⁴⁶ Corte Costituzionale, sentenza 126/2016, punto 8.1 considerato in diritto

⁹⁴⁷ Tali competenze sono annoverate tra quelle del MISE nell'ambito dell'art 6, comma 1, del codice delle comunicazioni elettroniche, d.lgs. 1 agosto 2003 n. 259, per come modificato dal d.lgs. 8 novembre 2021, n. 207.

Come si evince dalla breve elencazione di competenze ivi fornita, anche nell'ambito delle comunicazioni, sebbene molto diverso da quello inerente alla tutela ambientale, ritornano esigenze simili che giustificano la permanenza in mano ministeriali di competenze amministrative, anche di *enforcement*, nel settore. Tali giustificazioni attengono all'esigenza di unitarietà nel territorio nazionale rispetto ai criteri da definire e integrare per avere accesso ad autorizzazioni o concessioni, rilasciate dal ministero stesso, per l'esercizio di servizi di media audiovisivi, a valutazioni politiche inerenti ai rapporti internazionali, alla gestione del bilancio statale con riguardo alla delimitazione del nucleo rilevante ai fini della circoscrizione del servizio universale.

Le competenze ministeriali, inoltre, sono da esercitarsi indipendentemente e separatamente rispetto a un'eventuale attività connessa alla proprietà o al controllo pubblico di un'impresa che esercita attività nell'ambito delle comunicazioni.

In ogni caso, nel settore in questione, i compiti legislativamente assegnati al Ministero per lo sviluppo economico sono affiancati a quelli conferiti all'AGCOM, autorità amministrativa indipendente preposta alla regolazione, al controllo del settore delle comunicazioni al fine di garantire la tutela degli utenti e il rispetto di diritti e libertà fondamentali.

In proposito, si andrà ora a delineare brevemente le caratteristiche delle autorità amministrative indipendenti e della loro azione nei settori alla cui vigilanza sono preposte.

1.2 L'indipendenza e le competenze tecniche, caratteristiche indefettibili delle autorità amministrative indipendenti

L'azione delle autorità amministrative indipendenti è connotata, come dice la stessa definizione del soggetto, da una forte indipendenza e autonomia nell'esercizio delle funzioni che sono loro conferite *ex lege*. Esse si sostanziano in organi collegiali dotati di piena autonomia nell'azione e altrettanta indipendenza in sede di giudizio e valutazione⁹⁴⁸.

Le autorità sono dotate di autonomia organizzativa, contabile, amministrativa, finanziaria⁹⁴⁹, regolamentare, relativa alla gestione dell'organizzazione interna come alla regolazione del settore di interesse, qualificandosi quale fonte normativa secondaria legittimata dalla legge ordinaria.

⁹⁴⁸ Art 10, comma 2, L. 287/1990 e art 1, comma 1, L. 249/1997. Anche con riferimento ad Autorità amministrative indipendenti, come il Garante per la protezione dei dati personali, il d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, prevede all'art 153c, comma 1, che i membri del garante vadano scelti anche e soprattutto in considerazione delle garanzie di indipendenza che offrono.

⁹⁴⁹ A proposito dell'Autonomia finanziaria, il Consiglio di Stato ha precisato che, anche in deroga alle disposizioni inerenti alla contabilità generale dello Stato, l'AGCM ha il potere conferitole dall'art 10, commi 6 e 7 della L. 287/1990 di gestire autonomamente le spese per il proprio funzionamento, fermo l'obbligo, però, di rendicontare alla Corte dei Conti con riguardo alla gestione finanziaria, senza alcuna possibilità di controllo o approvazione da parte dell'esecutivo. (Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 novembre 2017, n. 4458, punto 6.2.1, in diritto). Il controllo della Corte dei Conti è espressamente sancito dall'art 10, comma 7, della L. 287/1990

Le Autorità possiedono, quindi, un potere di autoregolazione che consente loro di gestire in totale autonomia la determinazione delle modalità di funzionamento interno più efficaci ai fini dello svolgimento delle funzioni amministrative cui sono preposte, poiché appartengono a un modello istituzionale *sui generis*, nato in ragione della necessità di apprestare la più idonea tutela ai valori la cui salvaguardia è attribuita alle loro competenze.

La gestione della vigilanza e del controllo, attraverso la parallela previsione normativa di conferimento di pervasivi strumenti sanzionatori che, come visto, appartengono sia all’Autorità antitrust che a quella per le garanzie nelle comunicazioni, assicura un notevole apporto di competenze tecniche nella regolazione e organizzazione del settore.

L’autorità è in tutto e per tutto preposta all’esercizio di funzioni amministrative rivolte alla tutela di interessi di rango costituzionale, come la concorrenza e la libertà di manifestazione del pensiero, anche intesa dal punto di vista passivo quale diritto a essere informati.

In ragione dell’importanza del ruolo svolto dalle suddette autorità, è legittimata una restrizione, un sacrificio del principio di legalità sostanziale. Quest’ultimo, assolutamente rilevante dal punto di vista costituzionale a norma degli artt. 1, 23, 97 e 113, comporterebbe la necessità di predeterminare *ex lege* gli scopi, gli interessi pubblici da perseguire, le finalità, i presupposti essenziali dal punto di vista procedimentale e sostanziale, ai fini della circoscrizione e concreta determinazione dello svolgimento dell’attività amministrativa. Tuttavia, ove si rispettasse a pieno la portata del principio di legalità in senso sostanziale e, dunque, vi fosse una rigorosa definizione legislativa *ex ante* delle funzioni amministrative afferenti all’attività delle autorità amministrative indipendenti, le finalità pubbliche sottese all’istituzione di tali peculiari pubbliche amministrazioni ne uscirebbero pregiudicate.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere legittima la “*dequotazione*” del principio di legalità sostanziale in ragione della “*valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori*”, come quelli nel cui ambito agiscono le autorità amministrative indipendenti, connotati da un elevato grado di tecnicismo, da cui deriva la necessità di apprestare interventi regolatori che si qualifichino come adeguati, efficaci e il più possibile tempestivi. Tale usuale e giustificato temperamento del principio di legalità sostanziale, comporta come necessario bilanciamento, l’accrescimento delle garanzie rispetto al principio di legalità procedimentale, la quale viene rafforzata implementando le modalità di partecipazione degli operatori del settore nel cui ambito l’Autorità agisce, ai fini della formazione degli atti regolamentari⁹⁵⁰.

Ciò posto, ulteriore differenza tra l’azione delle autorità amministrative indipendenti e quella ministeriale, è data dall’assenza in capo alle prime della legittimazione democratica.

⁹⁵⁰ In proposito, la giurisprudenza: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18; Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 maggio 2016, n. 2182; Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 13 agosto 2015 n. 1895; Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532

Le autorità sono composte collegialmente dagli organi previsti dalla legge e dal personale necessario al suo funzionamento. Il personale, come nel caso di ogni altra pubblica amministrazione, nel cui novero le autorità amministrative indipendenti devono essere inserite⁹⁵¹, sono scelti tramite l'esperienza di un concorso pubblico, atto a selezionare i partecipanti che abbiano le maggiori competenze tecnico-professionali nel settore⁹⁵².

Per quanto riguarda la nomina dei componenti degli organi da cui l'Autorità è composta, ai fini della stessa si infonde una parziale legittimazione democratica in queste peculiari amministrazioni, in ragione del coinvolgimento dei vertici politici, che, tuttavia, devono agire operando una scelta che garantisca l'autonomia e l'indipendenza dall'esecutivo dei componenti e, dunque, della generazione azione degli organi che andranno a formarsi.

L'autorità *antitrust* è un'autorità collegiale composta dal Presidente e 4 membri. Nonostante la nomina di stampo politico, che nasce dall'intesa tra i presidenti delle camere parlamentari: Camera dei Deputati e Senato della Repubblica, la legge prescrive che le personalità prescelte per rivestire tali compiti devono essere dotate di comprovata indipendenza e professionalità, in quanto facenti parte dei magistrati del Consiglio di Stato o della Corte di Cassazione, professori universitari in materie economiche o giuridiche, nonché personalità provenienti da settori economici caratterizzate da un elevato e comprovato grado di professionalità⁹⁵³.

Per quanto concerne, invece, i membri dell'AGCOM, nelle sue articolazioni previste di presidenza, consiglio e commissioni, essi sono nominati alla luce delle competenze professionali, delle esperienze emergenti dai curricula, inviati entro il termine previsto alle camere e alla presidenza del Consiglio dei Ministri, e da questi pubblicati sul rispettivo sito istituzionale⁹⁵⁴.

Ogni camera elegge due commissari⁹⁵⁵. Diversamente, invece, il Presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri in accordo con il Ministro dello sviluppo economico⁹⁵⁶.

Nonostante il preponderante ruolo dei vertici politici statali nella nomina degli organi delle autorità amministrative indipendenti, l'assegnazione di suddette cariche emerge come scevra da condizionamenti di carattere politico, cosa suffragata dal distacco esistente tra la durata delle cariche

⁹⁵¹ A suffragio di ciò, le Autorità amministrative indipendenti sono inserite nell'elenco ISTAT relativo alle amministrazioni pubbliche, il che è rilevato anche dalla giurisprudenza.

⁹⁵² Come previsto dall'art 11, comma 1, della L. 287/1990

⁹⁵³ Art. 10, comma 2, L. 287/1990

⁹⁵⁴ Ciò è previsto dall'art 1, comma 3 della L. 249/1997, in ragione della necessità di garantire il controllo esterno e procedere alla luce della trasparenza, in quanto deve essere dimostrabile che la scelta sia stata effettuata in ragione delle competenze professionali dei soggetti, in maniera scevra da condizionamenti politici e personali.

⁹⁵⁵ Il numero è stato dimezzato dall'art 1, comma 2 bis del D.L. 24 marzo 2012, n. 29, convertito in L. 18 maggio 2012 n. 62, in ottemperanza a quanto previsto dall'art 23, comma 1, lett. a) del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni in L. 22 dicembre 2011 n. 214

⁹⁵⁶ Art. 1, comma 3, L. 249/1997

rilevanti per le Autorità indipendenti e la legislatura Statale. Le prime è previsto che abbiano una durata di 7 anni, la seconda dura 5 anni.

Tale previsione sgancia un eventuale legame tra i due vertici, assicurando l'autonomia e indipendenza di azione dell'Autorità amministrativa, indipendenza che, come visto, è anche espressamente richiesta nell'ambito della normativa unionale.

La carenza di legittimazione democratica, va detto, ha un importante contrappeso nella necessità di dare voce agli interessati nell'ambito di procedure regolative, tramite le cosiddette consultazioni, le cui osservazioni dovranno essere tenute in considerazione negli atti successivamente elaborati. Tale elemento procedimentale, oltre a sopperire parzialmente all'assenza di democraticità dell'autorità, funge anche da importante implementazione della portata tecniche delle norme regolamentari⁹⁵⁷

Competenza tecnica, indipendenza dal potere esecutivo, potere regolamentare e sanzionatorio, assicurano una pervasiva vigilanza del settore da parte dell'Autorità indipendenza, scevra da qualsiasi condizionamento di carattere politico e per questo utile alla tutela pura dell'interesse alla cui salvaguardia è preposta, attivandosi nella loro regolamentazione al fine di adattare la stessa alle rapide evoluzioni del settore che, come visto, soprattutto nell'ambito delle comunicazioni, è spesso connotato da un dilagante progresso tecnologico che impone alla legge di rincorrerlo per normalo. Ciò posto, è evidente che atti di natura regolamentare meglio si confacciano a tale esigenza, soprattutto in considerazione dell'elevato tecnicismo richiesto per la regolazione e la maggiore idoneità dell'autorità amministrativa a svolgere un tale compito in ragione delle maggiori conoscenze acquisite, date non solo dalla professionalità ed esperienza di chi la compone, ma anche in virtù del costante controllo e monitoraggio delle questioni più rilevanti, dell'andamento del settore e delle violazioni accorse, cosa che consente maggiore precisione, cognizione, competenza nella realizzazione della regolamentazione più adatta.

Il ruolo delle autorità amministrative si è dimostrato a partire dagli anni '90 del secolo scorso assolutamente imprescindibile per la realizzazione degli obiettivi posti a livello sovranazionale, relativi alla creazione e al funzionamento del mercato interno, alla tutela dei diritti fondamentali e al bilanciamento degli stessi in ragione degli interessi emergenti, soprattutto in considerazione della capacità della stessa, data la sua distanza da ingerenze esterne, di rimanere neutrale rispetto agli interessi suddetti, bilanciandoli correttamente alla luce delle circostanze e sulla base delle disposizioni di legge.

Ciò posto, è evidente che il loro funzionamento passa attraverso la messa a disposizione delle stesse di risorse non solo umane, ma anche economiche. I contributi che le Autorità amministrative

⁹⁵⁷ E. Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Vizi e virtù di un modello istituzionale*, in *Analisi economica del diritto*, 1/2020, pp. 51-74

indipendenti sono legittimate a riscuotere da parte dei soggetti subordinati alla loro attività di regolazione, vigilanza e controllo, costituiscono per la giurisprudenza delle imposizioni di carattere sostanzialmente tributario, in quanto previste da apposite disposizioni di legge in ottemperanza alla riserva di legge relativa che si rinviene all'interno dell'art 23 della costituzione ai fini dell'imposizione di prestazioni patrimoniali⁹⁵⁸.

Anche in tale ambito viene in rilievo il rapporto tra principio di legalità sostanziale e procedimentale, in quanto la difficoltà di predeterminare per legge i presupposti delle funzioni amministrative in ragione della natura estremamente tecnica emergente dai settori affidati alla regolazione e al controllo delle autorità amministrative indipendenti comporta un necessario sacrificio all'aspetto sostanziale della legalità. Dal punto di vista procedimentale, però, come dice la Corte Costituzionale, è necessario evitare che venga svuotato il significato della riserva di legge prevista all'art 23, consentendo l'effettiva partecipazione di operatori del settore alla formazione degli atti⁹⁵⁹.

Ciò detto, la circoscrizione della portata di un principio fondamentale quale quello di legalità, sotteso alla delimitazione di presupposti e scopi delle funzioni amministrative di competenza delle diverse pubbliche amministrazioni e dei poteri a esse conferite per il perseguimento delle funzioni suddette, dimostra l'estrema importanza e rilievo sociale che rivestono gli interessi salvaguardati dalla vigilanza, dal controllo e, in generale, dall'azione delle autorità amministrative indipendenti. Ciò giustifica la previsione di un modello di pubblica amministrazione che si pone in rapporto di specialità rispetto alle altre, e il conferimento alle stesse di poteri idonei ed efficaci alla perpetrazione della salvaguardia cui sono preposte, connotata da un elevato grado di tecnicismo, per il quale sono necessarie altrettanto idonee conoscenze e competenze nel settore.

Ciò detto, autorità e ministeri sono espressione dell'esercizio di poteri pubblicistici, legati quindi al *public enforcement*, cui nel tempo si sono aggiunti importanti ed efficaci strumenti di *private enforcement*.

Nel paragrafo che segue si parlerà del rapporto di strumentalità, complementarietà e cooperazione esistente tra l'*enforcement* pubblico e quello privato, nell'ottica della più completa ed efficiente tutela degli interessi in gioco.

⁹⁵⁸ Per quanto concerne l'AGCM, l'onere contributivo è previsto dal comma 7 ter dell'art 10 della L. 287/1990. La Delibera dell'AGCM n. 30499 del 7 marzo 2023 L'autorità ha confermato che l'importo dovuto ex art 10, comma 7 ter, è pari allo 0,058 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato.

A proposito dell'AGCOM, la legge 23 dicembre 2005 n. 266, prevede all'art 1, comma 65, che questa Autorità sia finanziata dal mercato di competenza, per quanto non coperto dal finanziamento a carico del bilancio dello Stato, attraverso contributi determinati nell'ammontare da apposita delibera dell'Autorità, cosa che oggi vale, a norma del comma 66 bis anche per i fornitori di servizi di intermediazione online e di motori di ricerca online. La Legge, però, sancisce il massimo contributivo fissato nel 2 per mille del fatturato risultante dall'ultimo bilancio approvato.

⁹⁵⁹ Corte Costituzionale, 7-12 aprile 2017, n. 69, punto 7.2 "considerato in diritto".

2. La complementarità tra strumenti di *public* e *private enforcement*

Nel II capitolo si è spesso fatto riferimento all'attributo della complementarità tra strumenti di *public* e *private enforcement*, data dalla volontà di apprestare al valore della concorrenza la più efficiente e completa salvaguardia che, ne uscirebbe sacrificata ove l'unica azione legittimata fosse quella a presidio pubblicistico, escludendo la possibilità che siano i privati lesi dalla condotta anticoncorrenziale a vantare la pretesa a un ristoro del danno. Pur avendo, infatti, quest'ultimo una portata molto più ampia rispetto a quella sufficiente per ledere la sfera dei singoli, questi contribuiscono, attraverso la tutela civilistica della loro sfera giuridica, a completare ed efficientare il sistema rivolto alla salvaguardia del funzionamento del mercato.

La stessa Corte di Cassazione asserisce compiutamente che la tutela civilistica in cui si sostanzia il *private enforcement* e, quella pubblicistica apprestate tramite gli strumenti di *public enforcement* coesistono all'insegna della reciproca complementarità⁹⁶⁰, il che rende lo strumento privatistico assolutamente necessario al perseguimento degli obiettivi sovranazionali e interni⁹⁶¹.

La complementarità, come detto, diviene lapalissiana al momento della trasposizione in ambito nazionale della direttiva europea 2014/104/UE, attraverso il d.lgs. n. 3/2017 che, a dire del Consiglio di Stato, dimostra che la scelta italiana non verta sulla separatezza o concorrenza degli strumenti di *enforcement*, ma miri anzi alla loro cooperazione collaborativa, con continui scambi di esperienze, accertamenti e documentazione da un pilastro all'altro della tutela concorrenziale⁹⁶².

L'intervento della Direttiva n. 104 del 2014 sancisce la complementarità degli strumenti assegnando al *private enforcement* una funzione non solo orientata all'accrescimento della deterrenza rispetto alla messa in atto di violazioni del diritto *antitrust*, ma anche imprescindibile per avvicinare i privati alla cultura della concorrenza e alla conoscenza della disciplina così da implementare il loro ruolo nell'ottica della *compliance*.

La normativa della direttiva è da qualificarsi come un punto di partenza rivolto all'implementazione degli strumenti di *private enforcement* ai fini della sensibilizzazione collettiva, così da giungere a un'effettiva e reciproca integrazione tra *enforcers* pubblici e privati, agenti non più su piani paralleli

⁹⁶⁰ Cassazione Civile, Sez. I, 22 maggio 2019 n. 13846, punto 3.3.

Sul tema, anche M. Libertini, *Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust*, in M. Maugeri A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, il Mulino, 2010

⁹⁶¹ Come meglio spiegato al Cap. II, paragrafo 2, l'inserimento della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno già in seno all'art 33 della L. 287/1990 suffraga l'idea che per mezzo della tutela delle ragioni privatistiche vi fosse un compimento effettivo della salvaguardia degli interessi concorrenziali sottesi.

⁹⁶² Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987, punto 6.6

ma univocamente orientati, sebbene rivolti direttamente alla tutela di interessi diversi, collettivi il primo ed egoistici i secondi.

A consolidare il rapporto di complementarietà pensa la stessa disciplina che, tra le altre, in merito alla disciplina inerente alla quantificazione del danno detta l'onere degli Stati di apprestare strumenti atti a consentire la cooperazione tra il giudice nazionale chiamato a giudicare sul risarcimento del danno subito a seguito dell'altrui condotta anticoncorrenziale e l'AGCM, che coadiuva l'Autorità giudiziaria a meno che ciò non risulti inappropriato⁹⁶³.

Una cooperazione tra *l'enforcer* pubblico e l'Autorità giudiziaria nazionale era già prevista dal regolamento n. 1 del 2003 il quale ha assegnato *ex art.* 6 il compito di attuare le previsioni oggi contenute negli artt. 101 e 102 del TFUE e, *ex art.* 15 la possibilità per i giudici nazionali di richiedere assistenza da parte della Commissione in giudizi vertenti sull'applicazione delle norme su menzionate, Commissione che può anche scegliere di fornire di propria sponte osservazioni a riguardo, di modo da garantire che le norme del trattato siano applicate il più coerentemente possibile. Ciò posto, risulta evidente che la disciplina della direttiva mira a implementare l'attecchimento del *private enforcement* in seno agli ordinamenti giuridici statali che, sulla scorta della disciplina europea, si sono più o meno tempestivamente dotati di una disciplina armonizzata, rivolta alla creazione di un ambiente fertile al radicamento di azioni risarcitorie le quali, soprattutto dai consumatori, sono davvero poco sfruttate. La normativa mira invece ad accrescere la possibilità di sfruttare azioni, non solo *follow-on*, ma anche *stand alone*, accrescendo la *compliance* e la possibilità, veicolata attraverso la conoscenza della facoltà di tutelare la propria posizione giuridica soggettiva⁹⁶⁴.

Ciò posto, è inevitabile rilevare che la disciplina detta finalità assolutamente programmatiche, che devono passare attraverso un processo di formazione, divulgazione del diritto al pieno risarcimento del danno antitrust, di modo che si radichi nella coscienza dei privati legittimati all'azione, così che questi possano assurgere in via indiretta alla tutela delle ragioni sovranazionali dirette alla salvaguardia del funzionamento del mercato interno, improntato segnatamente a logiche concorrenziali.

⁹⁶³ Art 14, paragrafo 3, d.lgs. 3/2017, che attua l'art 17, paragrafo 3 della direttiva 2014/104/UE.

altre forme di cooperazione, come rilevato da G. Muscolo, attengono all'esibizione delle prove (art 4, comma 5, del d. lgs, in attuazione dell'art 6, paragrafo 7 della direttiva), nonché nell'ambito della disciplina dell'efficacia delle decisioni antitrust nell'ambito del giudizio civile che verte sul risarcimento del danno. (G. Muscolo, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la cooperazione tra public e private enforcement*, in G.A. Bennacchio & M. Carpagnano (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione Europea*, Atti del VI convegno biennale antitrust di Trento-6-8 aprile 2017, Editoriale Scientifica, 2018)

⁹⁶⁴ R. Chieppa, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione Europea: la complementarietà tra public e private enforcement*, in G.A. Bennacchio & M. Carpagnano (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione Europea*, Atti del VI convegno biennale antitrust di Trento-6-8 aprile 2017, Editoriale Scientifica, 2018, in cui sono riportati i dati emersi a seguito di studi di settore promossi da parte della Commissione Europea, i quali dimostrano che solo lo 0.1% dei consumatori chiede il risarcimento del danno derivato dall'altrui violazione del diritto della concorrenza.

Come visto all'interno della trattazione, l'esperienza del diritto *antitrust* rispetto alla legiferazione in materia di *private enforcement* risulta peculiare soprattutto rispetto al settore inerente alla tutela dell'ambiente.

Una simile complementarietà, cooperazione, integrazione tra *public* e *private enforcement* può rinvenirsi nell'ambito della disciplina atta alla lotta avverso la disinformazione, quale strumento utile a combattere guerre mediatiche e alterare il funzionamento della democrazia.

In tema di disinformazione, come visto, si hanno da una parte la Commissione Europea e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni emergono quale *enforcers* pubblici atti alla tutela dei diritti fondamentali, alla lotta avverso la disinformazione, al controllo, perpetrato anche tramite pervasivi poteri di indagine, e all'irrogazione delle sanzioni previste *ex lege* ove i fornitori di servizi di media audiovisivi e coloro i quali operano nell'ambito dei servizi della società dell'informazione si macchinano di violazioni della disciplina inerente alla comunicazione, ovunque espressa e con qualsiasi mezzo perpetrata; e dall'altra piattaforme digitali e motori di ricerca online, regolati dal Digital Services Act, in qualità di fornitori di servizi dell'informazione, onerati dall'obbligo di approfondire l'impegno necessario affinché si scongiuri la diffusione di contenuti illegali, comunque coadiuvati dalla facoltà di segnalazione da parte degli utenti che rinvercano delle violazioni della disciplina⁹⁶⁵.

I due versanti di tutela si integrano e completano, contribuendo alla realizzazione di un ambiente virtuale sicuro per gli utenti e per l'esercizio dei diritti e libertà fondamentali di ognuno.

Ciò posto, rimane ferma l'impossibilità per il singolo di agire per il risarcimento di un danno rilevante non nella sfera dei singoli, bensì quale danno sociale, quale quello conseguente, per esempio, alla diffusione di notizie manipolate in materia di vaccini anticovid, con riguardo alla cui disinformazione, come già detto, si è premurata di agire direttamente l'Autorità nei confronti di emittenti che avevano violato le disposizioni in materia, potendo i singoli agire solo in ragione del nocimento arrecato al proprio diritto alla salute individuale, se causalmente e direttamente legata alla diffusione delle suddette notizie false⁹⁶⁶.

In materia di disinformazione, un ruolo certamente fondamentale è svolto dalla capacità di verificare i fatti e l'autorevolezza della fonte che li divulga, indi per cui è urgente la predisposizione di misure mirata a una complessa e completa alfabetizzazione degli utenti con riguardo all'utilizzo, allo

⁹⁶⁵ Art 16, Digital Services Act

⁹⁶⁶ Legato al tema della disinformazione, della lesione del diritto all'autodeterminazione e all'uso dell'intelligenza artificiale è il tema della pubblicità mirata, avverso la quale la disciplina europea ha predisposto, al di là del public enforcement, anche strumenti di enforcement privato a livello sia individuale, tramite l'azione del consumatore che abbia subito lesione dei propri dati personali, e collettivo, come previsto dalla direttiva (UE) 2020/1828, attuata dal d.lgs. 10 marzo 2023 n. 28: "attuazione della direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2020, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE.

Per un approfondimento del tema sulla pubblicità mirata, si veda F. Galli, *op. cit.*

sfruttamento e alla verifica di quanto divulgato, soprattutto se la divulgazione è perpetrata in rete. L'esigenza di alfabetizzazione diviene anche più pressante ove si consideri l'emersione di un modello orizzontale di produzione delle notizie, il che dequota la professionalità legata alla produzione di informazioni, prima in mano a una ristretta cerchia di persone, cosa che rendeva verticale la divulgazione, per cui chi fruiva dell'informazione diffusa quasi certamente non era dedito alla produzione della stessa.

Ciò posto, anche nell'ambito della disinformazione gli strumenti di *enforcement* pubblici e privati cooperano, collaborano, si completano al fine di scongiurare la lesione di diritti fondamentali degli individui tramite la diffusione di contenuti appositamente manipolati che deviano le volontà e l'autodeterminazione individuale, tanto da arrecare un danno dalla portata collettiva e di rilievo almeno nazionale, ove intento all'alterazione della democrazia e dei suoi complessi processi di funzionamento.

L'ambito più refrattario alla disciplina e previsione di un *enforcement* privato è certamente quello ambientale, legato unicamente all'azione ministeriale, perpetrata dal Ministero dell'Ambiente, non soggetto al controllo e alla regolazione di un'autorità indipendente che, anzi, non esiste neanche a livello europeo. La portata politica del tema ambientale, la sovranità sulle risorse naturali esercitata dallo Stato in cui le stesse si trovano, le conferenze delle Nazioni Unite che hanno costellato gli ultimi decenni per definire e concordare piani d'azione comune per il raggiungimento di ambiziosi obiettivi climatici, hanno probabilmente portato a delineare la disciplina odierna.

Questa è caratterizzata da un ineludibile accentramento in mano Statale o, per meglio dire, ministeriale, della regolazione, del controllo e di tutte le azioni rivolte al risarcimento del danno, ovvero atte alla riparazione o prevenzione della concretizzazione della minaccia di nocimento eventualmente incombente sulla salubrità e integrità dell'ambiente⁹⁶⁷.

Nel settore della tutela ambiente, quindi, al di là di rare espressioni di *enforcement* privatistico legato solo in via indiretta alle ragioni sottese alla salvaguardia dei valori suddetti, come le azioni appannaggio delle associazioni ambientaliste⁹⁶⁸, l'interesse pubblico sotteso alla salvaguardia ambientale sembra poter essere tutelato, alla luce della disciplina legislativa fin qui apprestata in materia, solamente attraverso canali pubblicitici.

La disciplina ambientale ha voluto sin qui escludere la possibilità dei privati di agire a tutela della salubrità e integrità del bene ambiente, la cui salvaguardia è intesa dalla Corte Costituzionale non solo quale "*interesse fondamentale della collettività*", ma anche come "*diritto fondamentale della*

⁹⁶⁷ Prevenzione, ripristino e risarcimento del danno ambientale sono regolati dalla parte VI, titoli II e III del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152.

⁹⁶⁸ Di cui si è parlato nel Cap. I, paragrafo 2.3.1

*persona*⁹⁶⁹. Tuttavia, è la stessa Corte a legittimare a pieno l'accentramento della legittimazione ad agire dello Stato, in persona del Ministero dell'Ambiente, al fine di assicurare che la salvaguardia ambientale sia perseguita in maniera unitarie e uniforme sul territorio nazionale⁹⁷⁰. L'esercizio unitario, del resto, è ragione costituzionalmente addotta ai fini della deroga al principio di sussidiarietà sancito dall'art 118 della carta.

In materia ambientale diventa inscindibile il legame tra funzione amministrative, svolte direttamente dal Ministero a salvaguardia dell'integrità degli ecosistemi, e legittimità ad agire per la tutela risarcitoria.

Ciò posto, non vi è dubbio che in ottica evolutiva la materia ambientale abbia bisogno di un rinnovamento e della delineazione di nuove e ulteriori misure preposte alla tutela della salubrità e dell'integrità dell'*habitat* terrestre⁹⁷¹. Probabilmente, la collaborazione tra poteri di *enforcement* pubblici e privati risulterebbe utile all'efficienza del sistema, assolutamente lento e spesso poco efficace nella salvaguardia dell'interesse protetto. Inoltre, non solo avvicinerrebbe e responsabilizzerebbe i privati rispetto alla tutela di un bene che è loro direttamente riferibile, ma anche utile e necessario allo sviluppo e crescita delle generazioni future, ma renderebbe gli stessi anche protagonisti di un sistema posto a tutela di situazioni giuridiche in ottica relazionale, il che potrebbe avere anche effetti dissuasivi in ordine all'adozione di condotte lesive dell'ambiente da parte degli operatori economici⁹⁷².

Ciò posto, nonostante l'evoluzione derivante dalla legiferazione europea e nazionale in materia ambientale ponga l'urgenza di delineare nuovi strumenti finalizzati alla salvaguardia ambientale, per ora il legislatore nulla ha fatto per implementare il *private enforcement* in materia, probabilmente anche in ragione della portata ripristinatoria più che risarcitoria della disciplina derivante dalla direttiva (CE) n. 35 del 2004.

Si vedrà cosa deciderà con il tempo, ferma restando la potenziale efficacia della previsione della facoltà di sfruttare strumenti di *enforcement* privatistici atti a completare il presidio pubblico sull'integrità ambientale.

L'*enforcement* pubblicistico, a sua volta, godrebbe di maggiore efficacia e pervasività se la regolazione e il controllo fossero direttamente affidate a un'autorità amministrativa indipendente,

⁹⁶⁹ Corte Costituzionale, 22-28 maggio 1987, n. 210, punto 4.1 "considerato in diritto".

⁹⁷⁰ Corte Costituzionale, 126/2016

⁹⁷¹ U. Salanitro, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in Rivista di diritto civile, 1/2018

⁹⁷² In tal senso, U. Salanitro, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in Rassegna di diritto civile, volume 29, 2/2009 p. 472, ove si afferma che: "La configurazione ad ampio raggio di un modello di private enforcement potrebbe condurre alla salvaguardia di posizioni giuridiche secondo un'accezione non già egoistica e "proprietaria", bensì aggregata e relazionale, e potrebbe disincentivare la realizzazione di pratiche potenzialmente dannose da parte degli attori economici. Al contempo, verrebbe favorito un più penetrante controllo sull'impatto ambientale delle attività produttive e generalizzata una tecnica di tutela volta a prevenire e governare atti e attività suscettibili di tradursi in illeciti continuativi e che abbiano efficacia causale nella produzione del danno ambientale.

eventualità però mai concretizzatasi a nessun livello in quanto, come detto, la gestione ambientale ha molto a che fare con questioni politiche e relazioni internazionali.

Ciò detto, si andrà nel prossimo paragrafo ad analizzare più approfonditamente la diversa pregnanza ed efficacia degli strumenti di *enforcement* negli ambiti di riferimento della presente trattazione.

2.1 L'integrazione e la difforme efficacia di *public enforcement* e *private enforcement* nei diversi settori

L'alternarsi e il completarsi degli strumenti provvisti dalla disciplina nazionale ed europea afferenti a *public* e *private enforcement* si coniuga con la necessità di adeguare la strategia di azione in considerazione dell'efficacia più o meno pregnante dei diversi strumenti nei settori di riferimento.

Come visto, l'ambito relativo alla tutela ambientale è quello più refrattario ad accogliere la perpetrazione di *enforcement* da parte dei privati che, ove intervenienti, agiscono per il solo soddisfacimento di interessi egoistici, a salvaguardia della propria sfera individuale, non essendo ammessi alla salvaguardia del bene ambiente *ex se*.

L'azione Ministeriale, necessaria per garantire uniformità della protezione del valore di interesse, nonché per la gestione dei rapporti politico-diplomatici eventualmente emergenti nella riparazione di nocuenti sopportati dagli ecosistemi naturali, risulta spesso essere inefficiente e tardiva.

Al contrario, soprattutto in una materia quale quella della tutela ambientale, naturalmente incline a far emergere problematiche che necessitano di una quanto mai tempestiva e rigorosa soluzione, affinché sia idonea a scongiurare, ove possibile, la stessa concretizzazione del danno, l'azione dovrebbe essere primariamente ordinata ai principi di prevenzione o di precauzione.

Spesso, tuttavia, le amministrazioni risultano essere oberate e inerti, quindi inadempienti rispetto agli obblighi a esse assegnati *ex lege*, come dimostra, tra gli altri, il caso sotteso a una pronuncia del Tribunale ordinario di Trieste del 2019⁹⁷³, giunto fino alla pronuncia da parte delle SU della Corte di Cassazione. Quest'ultima, ferme restando le differenze tra il caso oggetto della sentenza e la questione inerente alla presente trattazione, asserisce che la pubblica amministrazione che ometta di apprestare la dovuta tutela all'interesse fondamentale alla salubrità dell'ambiente fa venir meno l'adempimento a una posizione di garanzia di cui la stessa è titolare⁹⁷⁴. Nel caso presente, infatti, nonostante le ripetute richieste di intervento da parte dei soggetti abitanti nelle vicinanze di una azienda agricola produttrice emissioni assai nocive e, quindi, dannose per l'integrità ambientale, le amministrazioni

⁹⁷³ Tribunale ordinario di Trieste, 1 febbraio 2019, n. 56; segue la pronuncia della Corte d'Appello di Trieste, sez. II, con sentenza n. 296 del 30 giugno 2020; per poi arrivare alla pronuncia della Corte di Cassazione Civile S.U., 27 luglio 2022 n. 23436

⁹⁷⁴ Corte di Cassazione civile, Sezioni unite, 30 luglio 2022 n. 23436, punto 7 "motivi della decisione"

di ogni livello, comunale, regionale, statale, hanno omesso di intervenire a tutela degli ecosistemi naturali e, indirettamente, a protezione del diritto soggettivo primario alla salute, sancito dall'art 32 della Costituzione.

È da precisare, inoltre, che la tutela apprestata a livello costituzionale al diritto fondamentale alla salubrità dell'ambiente, e alla salute stessa, inseriti quali valori cui rivolgere salvaguardia in via preordinata rispetto alla libertà di iniziativa economica privata *ex art 41*. In tale ambito, ferma la prerogativa legislativa con riguardo all'individuazione di strumenti atti a indirizzare l'esercizio di tale libertà a fini sociali e ambientali, è evidente che i privati dovrebbero giocare un ruolo fondamentale, non solo per la salvaguardia degli interessi personali, ma anche quali soggetti deputati a sopperire a un'eventuale, e spesso usuale, inerzia del ministero dell'Ambiente rispetto alla perpetrazione delle azioni regolate da parte del T.u.a., legittimando gli stessi ad agire per la riparazione e il ripristino dell'integrità ambientale lesa dall'attività antropica, tramite l'avvio di un'azione giurisdizionale cui segua una pronuncia dell'autorità giudiziaria che enunci, in luogo del Ministero, le misure più idonee da mettere in campo per raggiungere il suddetto scopo.

L'art 41, infatti, ha a oggetto un tema assai connesso con la disciplina concorrenziale. La libertà di iniziativa economica privata, infatti, si qualifica come principio fondamentale e fondante la caratteristica competitività del mercato europeo e nazionale. Ciò potrebbe legittimare, a dispetto di quanto sancito da parte della Corte Costituzionale nel 2016⁹⁷⁵ che preme sulla necessità di una protezione ambientale improntata all'univocità e uniformità, escludendo persino la legittimazione ad agire degli enti territoriali interessati a farlo a tutela dell'ambiente in sé, un riavvicinamento delle legislazioni implementando strumenti di *enforcement* privato in grado di rimediare, sopperire, integrare le accentrate ed esclusive funzioni ministeriali.

Ciò detto, è evidente che il *private enforcement* in ambito ambientale non va oltre la tutela delle sfere individuali dei soggetti legittimati ad agire. Questi ultimi, possono essere titolari della facoltà di agire in giudizio in virtù del requisito della *vicinitas*, ovvero in quanto associazioni di categoria, statutariamente atte a tutelare l'interesse all'integrità ambientale, a cagione del danno dalle stesse subito. Per quanto riguarda i primi, i soggetti potranno ricorrere avverso determinati provvedimenti amministrativi con effetti sull'ambiente, sulla salute o sul territorio, che producano un effettivo nocumento alla sfera individuale del soggetto agente, la cui legittimazione e interesse differenziato, legato appunto allo stabile collegamento con il territorio su cui il provvedimento incide, dovranno essere valutati dal giudice amministrativo che conosce il ricorso. Le seconde, in ogni caso, non potranno agire in luogo del Ministero dell'Ambiente, nonostante le proprie finalità coerenti con la tutela dell'interesse per cui lo stesso ministero nasce, ma solo per ragioni afferenti alla sfera giuridica

⁹⁷⁵ Corte Costituzionale n. 126/2016

del soggetto riconosciuto secondo i requisiti previsti dall'art 13 della L. 349/1986⁹⁷⁶ tra cui le associazioni di categoria in virtù della lesione delle stesse.

La situazione qui tracciata dimostra la scarsa efficacia, ai fini della salvaguardia del diritto fondamentale all'ambiente salubre, inteso quale bene unitario afferente a un interesse diffuso, degli strumenti del *private enforcement*, cui purtroppo, però, non si affianca una particolare effettività e concretezza della strategia legata al *public enforcement* ministeriale, considerata non solo la tradizionale inerzia, ma anche le diverse condanne ricevute dallo Stato italiano da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁹⁷⁷.

Per quanto concerne, al contrario, i settori legati alla concorrenza e alla disinformazione, le questioni cambiano. Gli interventi europei in materia si sono dimostrati efficaci nella promozione di misure di *enforcement* privato capace di affiancarsi, integrare, completare con un'azione maggiormente efficace, veloce e mirata, agli strumenti e all'azione delle autorità amministrative indipendenti che, inevitabilmente, non possono occuparsi di ogni caso ma agire secondo priorità, rischiando di tralasciare importanti lesioni degli interessi alla cui tutela sono preposte.

In merito alla concorrenza, la direttiva 104/2014 ha posto fine alla tradizionale ritrosia e, soprattutto, scarsa consapevolezza dei privati riguardo alla propria titolarità del diritto ad agire per ottenere il pieno ristoro del danno subito a seguito dell'altrui condotta anticoncorrenziale, attraverso un'azione risarcitoria che comprenda danno emergente, lucro cessante e interessi eventualmente maturati, fermo restando il divieto di sovracompensazione⁹⁷⁸. Nonostante la coerenza e uniformità di giudizio nel tempo emergenti delle pronunce giurisprudenziali della Corte di Giustizia che asserivano il diritto al pieno risarcimento dei soggetti lesi per infrazioni rilevanti ai sensi del diritto *antitrust*, il *private enforcement* non aveva effettivamente attecchito a livello interno, così pregiudicando l'effettività e la concretezza delle disposizioni previste oggi all'interno degli art 101 e 102 TFUE.

Oggi, in tale ambito, il *private enforcement* ha certamente assunto un ruolo cardine, fondamentale per il completamento della tutela apprestata all'interesse di portata sovranazionale qual è la concorrenza e, come visto, complementare agli strumenti di *enforcement* pubblicistico in mano alla Commissione Europea e alle autorità garanti nazionali, tra le quali sussiste un rapporto stretto, informato e collaborativo, in quanto parte della rete Europea per la concorrenza⁹⁷⁹, creata e preordinata appunto al fine di facilitare cooperazione e accrescere l'effettività della disciplina *antitrust*.

⁹⁷⁶ Della *vicinitas* si è trattato in Cap. I, paragrafo 2.3.2; della legittimazione delle associazioni ambientaliste, invece, in Cap. I, paragrafo 2.3.1

⁹⁷⁷ Vd. Cap. I, paragrafo 2.3.3

⁹⁷⁸ Art 3, direttiva 2014/104/UE

⁹⁷⁹ Prevista per la prima volta in seno al Capitolo IV del Regolamento 2003/1/CE, rafforzata poi dalle previsioni della Direttiva 2019/1/UE sull'implementazione delle prerogative e dei poteri delle autorità *antitrust*.

In materia di concorrenza, inoltre, come visto precedentemente, l'intervento della Direttiva Europea del 2014, ha aperto la strada a una nuova, nonché compiuta e convergente, complementarità di *public* e *private enforcement*. Tali forme di tutela sono fisiologicamente orientate alla salvaguardia di diversi interessi: quello a un corretto funzionamento del mercato fondato su un assetto marcatamente concorrenziale, il primo⁹⁸⁰; quello privato all'integrità della propria sfera soggettiva, mediante la pronuncia del giudice ordinario in merito all'azione per il risarcimento del danno, il secondo.

La sinergia, che la normativa unionale promuove⁹⁸¹, non può che aumentare l'efficacia, nonché l'omogeneità e l'efficienza dell'una e dell'altra azione in quanto, come già ricordato, sebbene il *private enforcement* sia immediatamente rivolto al soddisfacimento di una pretesa egoistica, per mezzo di tale soddisfacimento si realizza mediamente una più forte tutela del valore, nazionale e sovranazionale, della concorrenza.

Nell'accrescimento della complementarità tra *public* e *private enforcement* è evidente che entrambe le autorità coinvolte, l'AGCM e l'autorità giudiziaria ordinaria, debbano procedere con ponderazione e ragionevolezza

Ciò detto, ferma restando la differenza tra *public* e *private enforcement*, rimarcata dalla Direttiva n. 104 del 2014 che all'art 3 vieta la sovracompenzazione nell'ambito del risarcimento del danno, evidenziando la valenza compensativa e non punitiva dell'azione, diversamente da quanto imputato ai provvedimenti sanzionatori, ciò non toglie che anche in ambito giurisdizionale, come visto a proposito della quantificazione del danno e della possibilità di collaborazione dell'AGCM con l'autorità giudiziaria, gli strumenti possono risultare complementari e cooperanti, ai fini della più completa e piena tutela degli interessi che sono preposti a salvaguardare.

La differenza principale sussistente tra l'esperienza legata alla materia ambientale e quella concorrenziale deriva sicuramente dalla diversa spinta data a partire dal livello Europeo che, mentre in tema *antitrust* si è, negli anni, premurato di dettare una disciplina *ad hoc* per il *private enforcement*, ha mancato di farlo in tema ambientale, in virtù della resistenza opposta dagli Stati derivante soprattutto dalla fortissima caratterizzazione e connessione della materia con le questioni politiche e le relazioni internazionali. A testimonianza di ciò, si consideri che, contrariamente a quanto avvenuto per esempio in tema di Commercio, per il quale esiste l'organizzazione internazionale del commercio

⁹⁸⁰ Il TAR Lazio si è espresso in proposito asserendo che l'AGCM "agisce di sua iniziativa per tutelare l'interesse pubblico primario di rilevanza comunitaria e costituzionale, alla salvaguardia di un mercato concorrenziale", Tar Lazio, Roma, Sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713.

⁹⁸¹ Il Consiglio di Stato, a proposito della complementarità tra *public* e *private enforcement* e, in particolare, dell'efficacia delle decisioni AGCM in seno al giudizio civile risarcitorio, dice che il d.lgs. 3/2017, attuativo della direttiva 2014/104/UE, delinea un modello di forte cooperazione tra *public* e *private enforcement* contro i danni *antitrust* subiti dai privati, il che dimostra che la scelta italiana verte non alla "separatezza o alla concorrenza, bensì alla cooperazione collaborativa tra *public* e *private enforcement*, con continui travasi di esperienze, accertamenti e documentazione dall'uno all'altro plesso di tutela" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987, punto 6.6)

(WTO – world trade organization⁹⁸²), efficace meccanismo di *enforcement* per l'attuazione degli accordi commerciali conclusi, in materia ambientale non si è mai concretizzata la volontà, pure più volte asserita in virtù della necessità di trattare la materia in coerenza con la propria portata, che è inevitabilmente globale, di realizzare un'organizzazione mondiale in ragione dell'interesse di ogni Stato a non vedere sacrificata la propria sovranità. La sola cooperazione internazionale è perpetrata all'interno dell'UNEP (United Nation Environmental Programme⁹⁸³) preordinato a scongiurare disastri ambientale, promuovere incontri tramite conferenze annuali affinché ci si accordi e si assumano impegni nell'ottica della collaborazione per mettere in atto le soluzioni più idonee da adottare per salvaguardare la salubrità e integrità ambientale.

Ciò detto, con riguardo all'ultimo tema, quello della disinformazione divenuta, grazie alla rete, un problema che va ben oltre le barriere sia nazionali che europee, anche in tale ambito l'UE si è premurata di agire al fine di scongiurare la diffusione su larga scala di contenuti illegali che alterino e nuocciano all'integrità ed effettività dei diritto fondamentali costituzionali riconosciuti a livello interno e sovranazionale, coinvolgendo primariamente l'azione dei privati fornitori di servizi della società dell'informazione, soprattutto le piattaforme di ricerca e i motori di ricerca online, di modo che si attivino in prima persona per la garantire il rispetto della disciplina, sempre e comunque nel rispetto della libertà di espressione. Come detto, infatti, le misure di eliminazione, disabilitazione dell'accesso, limitazione che le piattaforme e i motori di ricerca mettono in campo avverso la diffusione di contenuti illegali promossi dai destinatari del servizio, devono recare una dettagliata e precisa motivazione, ferma restando la possibilità di ricorrere in via giurisdizionale.

La normativa Europea, a proposito della risoluzione delle controversie, snellisce la burocrazia e sgrava le autorità giurisdizionali nazionali sancendo la possibilità di rivolgersi a organismi di risoluzione stragiudiziale delle controversie certificati a norma del paragrafo 3 dell'art 21 del regolamento sui servizi digitali, come spiegato più a lungo in precedenza⁹⁸⁴.

⁹⁸² È stata istituita dagli accordi di Marrakech del 15 aprile 1994 come organizzazione internazionale dotata di personalità giuridica, assumendo il ruolo precedentemente proprio del GATT (general agreement on tariff and trade) firmato nel 1947 per favorire la liberalizzazione del commercio mondiale quale accordo che non istituiva, però, alcun ente internazionale con propria personalità.

Treccani online [https://www.treccani.it/enciclopedia/organizzazione-mondiale-del-commercio/#:~:text=Pierangelo%20Soldavini%20La%20WTO%20\(World,nazionali%20e%20la%20progressiva%20...](https://www.treccani.it/enciclopedia/organizzazione-mondiale-del-commercio/#:~:text=Pierangelo%20Soldavini%20La%20WTO%20(World,nazionali%20e%20la%20progressiva%20...) (ultima consultazione 04.05.2023)

⁹⁸³ Si tratta di un'organizzazione internazionale attiva dal 1972, anno della Conferenza di Stoccolma.

La sua attività principale consiste nello svolgimento di studi e ricerche da cui emergano le situazioni ambientali a livello globale, la predisposizione di strumenti idonei alla salvaguardia degli ecosistemi naturali, il trasferimento di conoscenze e tecnologie utili ai fini ambientali.

Treccani online: [https://www.treccani.it/enciclopedia/unep_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/#:~:text=UNEP%20\(United%20Nations%20Environment%20Programme\)%20Organo%20istituzionale%20delle%20Nazioni%20Unite,utilizzo%20sostenibile%20delle%20risorse%20naturali.](https://www.treccani.it/enciclopedia/unep_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/#:~:text=UNEP%20(United%20Nations%20Environment%20Programme)%20Organo%20istituzionale%20delle%20Nazioni%20Unite,utilizzo%20sostenibile%20delle%20risorse%20naturali.)

⁹⁸⁴ Cap III, paragrafo 2.3.1

Il *Digital Services Act*, parte della disciplina rivolta alla realizzazione di uno spazio digitale sicuro, dimostra, anche nell'ambito dei diritti fondamentali online, della disinformazione e della gestione della fornitura di servizi della società dell'informazione, la spinta europea orientata all'accrescimento della portata, della pervasività e della complementarietà degli strumenti di *private enforcement*, da una parte per rendere la tutela dei diritti fondamentale maggiormente efficace e veloce e, dall'altra per assicurare una totale copertura dei casi rilevanti, cosa impossibile da chiedere alle autorità nazionale e alla Commissione Europea che, rispetto alla globalità dei casi, devono occuparsi di quelli che necessitano di una risoluzione in via prioritaria in quanto maggiormente impattanti o rilevanti per la tutela dell'interesse in gioco.

Ciò posto, l'efficacia del *private enforcement* previsto e implementato da parte del regolamento sui servizi digitali rispetto alla direttiva 2000/31/ CE, non può ancora essere analizzata, in quanto esso sarà completamente applicabile solo a partire dal 17 febbraio 2024, ferma restando l'innegabile propensione ad accrescere la rilevanza e i poteri dell'azione direttamente perpetrata dai privati.

La materia concorrenziale, quindi, è sicuramente quella destinataria della disciplina più compiuta, completa ed efficace, caratteristiche che, almeno *in pectore*, andranno a connaturarsi anche alla situazione propria della disciplina avverso la disinformazione e la diffusione di contenuti illeciti online.

Il solo interesse ad avere una connotazione e tutela prettamente pubblicitaria, cosa che non cenna a cambiare né a livello sovranazionale che nazionale anzi, legittimata in ambito interno dalla stringente interpretazione dell'art 311 perpetrata da parte della Corte Costituzionale nella sentenza 126/2016, cosa che, sebbene possa ritenersi giustificata in ragione della salvaguardia della sovranità statale e delle relazioni internazionali, risulta decisamente poco efficace rispetto alla protezione del bene "ambiente", oggi avente definitivamente e espressamente rango costituzionale, nonché oggetto di una delle missioni previste dal PNRR, per cui caratterizzato da un'assoluta e pregnante pervasività e importanza.

Ciò detto, si andrà ora a parlare brevemente del ruolo giocato dai diversi soggetti privati in merito all'attivazione e sfruttamento degli strumenti di *enforcement* a loro disposizione per la tutela degli interessi di cui ci si è occupati.

2.2 L'orientamento nazionale e sovranazionale sull'enforcement

Lo sviluppo dell'orientamento, comunitario prima e unionale poi, con riguardo agli strumenti da mettere in campo per l'evoluzione della disciplina di *enforcement* afferente alla tutela di diversi interessi che, al di là del loro carattere collettivo ovvero individuale, assumevano comunque connotati

fortemente pubblicistici, tali da rendere necessario un intervento completo, complesso ed efficace ai fini della protezione del valore nella sua integrità e delle relative posizioni giuridiche soggettive.

È indubbio che la disciplina europea ha un ruolo centrale nell'ordinamento degli Stati membri e che, per ciò che ha riguardato la presente trattazione, gli interessi ambientali, concorrenziali, informativi, si sviluppano nella loro portata a protezione soprattutto grazie a interventi eurounitari.

Altrettanto vero è che l'*enforcement* si è andato sviluppando man mano che parallelamente cresceva la coesione e l'operatività delle istituzioni europee, velocizzando e concretizzando il processo di integrazione che sta alla base del progetto unitario.

Il versante pubblicistico è quello che nasce per primo, in quanto tipico della necessità di accentramento di controlli e decisioni in ordine alla messa in campo di strumenti preventivi e sanzionatori, questi ultimi sempre improntati al perseguimento di obiettivi di deterrenza, sempre restando nell'alveo delle misure adeguate e proporzionate rispetto all'infrazione da punire.

In ambito concorrenziale la Commissione Europea e le autorità nazionali hanno, a partire dal regolamento comunitario 1/2003, dato vita alla rete europea della Concorrenza, un'infrastruttura fisicamente virtuale ma oggettivamente sostanziale attraverso cui efficientare la repressione di illeciti concorrenziali nell'ambito di procedimenti amministrativi *ad hoc*.

Nell'ambito del settore informativo, probabilmente il più delicato dal punto di vista del bilanciamento nella tutela dei diritti fondamentali, come visto, la CGUE si è più volte espressa a favore di misure restrittive azionare e inflitte dal Consiglio al fine di punire dolose manipolazioni delle notizie in grado di alterare il comune sentire nell'ambito dei rapporti internazionali tra Russia e Ucraina⁹⁸⁵.

Allo stesso modo, la tutela dell'ambiente è stata oggetto di numerosissimi interventi di diritto pubblico internazionale, di Convenzioni rivolte a rimediare agli insormontabili danni causati dal cambiamento climatico in atto, di costanti e periodiche azioni normative utili al perfezionamento e all'innovazione delle strategie predisposte per la protezione ecosistemica. Tuttavia, a oggi, nessuno dei suddetti interventi ha scalfito la refrattarietà della materia ad accogliere quella tutela mediate che conseguirebbe all'attivazione di azioni privatistiche.

Ferma tale eccezione, con il trascorrere del tempo e la presa di consapevolezza della fallacità delle istituzioni e amministrazioni pubbliche, soprattutto in ragione della vastità dei territori da controllare, della numerosità degli interventi necessari.

Ciò, in materia ambientale, per esempio, rende spesso l'azione ministeriale intempestiva rispetto alla produzione del danno rispetto alla quale l'intervento dovrebbe essere prodromico, come dimostrato dai principi informatori della materia, azione preventiva e precauzione, e invece finisce spesso per

⁹⁸⁵ Tribunale dell'Unione europea, Grande Sezione, 27 luglio 2022, nel procedimento T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483, punti 55, 56, 88, 125, 162

agire in ottica riparatoria, ripristinatoria, poiché non più in tempo per scongiurare il verificarsi del danno.

Tale presa di consapevolezza ha portato a livello europeo e, di conseguenza, nell'ambito degli ordinamenti nazionali, la delineazione di discipline atte a garantire in tutto e per tutto l'efficacia delle normative di settore.

L'azione europea si è orientata prima a tutela della concorrenza, valore, come più volte detto, fondante della coesione europea e di primaria importanza per lo sviluppo e il funzionamento del mercato unico europeo, con la direttiva 104 del 2014, nata a seguito di numerose e inequivoche pronunce della CGUE rivolte a ribadire la necessità di strumenti di tutela delle ragioni dei privati per dare completa attuazione alle disposizioni degli artt. 101 e 102 TFUE.

Nel 2022, inoltre, l'UE si è interessata del settore della comunicazione e dell'informazione, al fine di lottare contro la diffusione di contenuti illegali e disinformazione in rete, con il *Digital Services Act*, si è riconosciuta e implementata l'importanza di uno sviluppo parallelo di strategie di *private enforcement*, sì connesse alla tutela di ragioni soggettive, ma comunque idonee a tutelare i valori di riferimento.

2.2.1 Public enforcement o private enforcement: la strategia privilegiata dalle amministrazioni

L'esperienza italiana legata all'*enforcement* discende direttamente dallo sviluppo europeo. Dietro la spinta comunitaria sono stati individuati sin dagli anni '90 del XX secolo degli interessi da assegnare alla competenza di autorità amministrative indipendenti che li regolassero e li tutelassero indipendentemente da assetti politicamente orientati, ma piuttosto alla luce di conoscenze tecniche. Ciò consente alla regolamentazione di meglio attagliarsi e adeguarsi alle esigenze e ai mutamenti delle condizioni e circostanze in cui l'interesse è calato.

L'Italia è uno dei Paesi europei risultato maggiormente restio all'introduzione di strumenti di *enforcement* privato, sotto ogni punto di vista.

Lo Stato italiano, infatti, ha sempre cercato di essere protagonista nell'esercizio di poteri in maniera accentrata, cosa che ha creato non pochi problemi, soprattutto dal punto di vista dell'inefficienza, ferma l'impossibilità di provvedere a tutto, anche considerata la vastità e le spiccate differenze territoriali.

La Costituzione, tuttavia, a partire dalla riforma del titolo V, con la legge costituzionale 3/2001, vede inserito nell'art. 118 il principio di sussidiarietà orizzontale, fondamentale informatore del rapporto Stato-cittadino, ora fondato su un'idea di collaborazione e fiducia reciproca, di modo che i privati

possano intervenire proattivamente là, dove lo Stato non potrebbe arrivare, in considerazione della limitatezza di tempi e risorse, economiche come umane.

Tornando alle Autorità amministrative indipendenti, protagoniste del *public enforcement* in materia di concorrenza e di comunicazione, è indubbio che il loro operato, pur essendo un progetto ben sviluppato ed efficace rispetto agli obiettivi cui è preposto, non possa apprestare una tutela davvero compiuta degli interessi alla cui salvaguardia tali Autorità sono preposte.

A differenza dell'azione penale che, *ex art 112 della costituzione*⁹⁸⁶, il Pubblico ministero ha l'obbligo di perseguire, non altrettanto è previsto a livello costituzionale per quanto riguarda l'azione delle autorità amministrative indipendenti ai fini dell'accertamento di un'infrazione rilevante nel rispettivo ambito di azione. Al contrario, a partire dal d.lgs. 185/2021, l'art 12, comma 1 *ter*, della legge istitutiva dell'Autorità *antitrust*, L. 287/1990, ha disposto la facoltà dell'autorità di agire secondo una, propria e autonomamente stabilita, scala di priorità, così implicitamente ammettendo e legittimando l'impossibilità di occuparsi e accertare ogni infrazione di cui riceve notizia.

Tale facoltà riduce la percentuale di casi di violazioni del diritto della Concorrenza accertate e, eventualmente, punite, così pregiudicando una piena tutela del valore in parola.

Questo accade, nonostante non esplicitamente previsto *ex lege*, nell'azione di tutte le autorità di settore, anche l'Agcom e, ancora di più, il Ministero dell'ambiente, che oberato da segnalazioni e rischi di danno deve necessariamente selezionare i casi maggiormente pericolosi per l'integrità dei diversi ecosistemi⁹⁸⁷, cosa che del resto accade anche in materia penale, nonostante il dovere costituzionalmente imposto, proprio perché utopistico pensare che l'amministrazione, anche ove indipendente dal potere politico e dettagliatamente preordinata alla cura di uno specifico interesse, non disponga dei tempi, delle risorse, insomma della capacità che servirebbe a non lasciare spazi vuoti nella tutela di interessi pubblici così importanti.

In concomitanza con la presa di consapevolezza europea riguardo all'importanza della previsione di una tutela complementare e parallela a quella pubblica, apprestata da parte dei privati, in prima battuta agente per la protezione di ragioni personali, ma mediamente idonei a salvaguardare l'interesse pubblico, anche in Italia si è sviluppata la disciplina del *private enforcement*, a oggi compiuta solo in ambito *antitrust*, grazie al d.lgs. 3/2017, attuativo della direttiva 2014/104/UE, partorito in ritardo dal Governo Italiano rispetto al termine fissato dall'atto europeo per la sua trasposizione in ambito nazionale⁹⁸⁸.

⁹⁸⁶ Tale disposizione prevede che: "Il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale".

⁹⁸⁷ L'Italia, grazie alla sua collocazione al centro del bacino del mediterraneo, è uno dei Paesi europei con il più importante e significativo patrimonio di biodiversità, il che implica la necessità di approfondire un impegno quanto mai effettivo per la tutela di tale ricchezza. In merito, a partire dal 2021 si è dato avvio al percorso improntato alla "[nuova strategia nazionale per la biodiversità al 2030](#)".

⁹⁸⁸ Fissato *ex art. 21 della direttiva* al 27 dicembre 2016.

La difficoltà di attuazione effettiva del *private enforcement* nello Stato italiano, data certamente dai trascorsi storici di cui si è detto, ha trovato ulteriori ostacoli anche nella scarsa consapevolezza degli aventi diritto in ordine alla loro titolarità dei diritti stessi, e alla possibilità di farli valere in giudizio. Ciò detto, è evidente che, in ossequio alla sussidiarietà orizzontale e al fine di apprestare la giusta tutela agli interessi pubblici via via in gioco, le amministrazioni e le autorità non possono che giovare dell'ingresso di strumenti di *private enforcement*.

L'AGCM, rispetto alla collaborazione con il giudice ordinario con riguardo alla quantificazione del danno nell'ambito di azioni di *private enforcement*, si è sempre dimostrata coerentemente cooperante con l'autorità giudiziaria, il che dimostra l'apertura delle autorità amministrative indipendenti alle azioni promosse dai privati che, però, solo di recente stanno crescendo in Italia come in Europa, anche quali azioni *stand-alone*⁹⁸⁹.

Il ministero, per quel che qui interessa quello dell'ambiente, per ora rimarrà l'unico detentore della possibilità di ottenere risarcimento per lesioni afferenti all'integrità e alla salubrità dell'*habitat* naturale, il che non toglie l'urgenza di delineare al più presto ulteriori e diverse forme di tutela dell'ambiente, quotidianamente soggetto a turbamenti da parte di irrispettose attività antropiche.

Ciò detto, il settore delle comunicazioni, con il recente avvento del *Digital Services Act* sarà del tutto rivoluzionato, soprattutto in materia di *private enforcement*, in considerazione della mole di responsabilità assegnata ai fornitori di servizi della società dell'informazione, primi controllori e sanzionatori con riguardo alla diffusione di contenuti disinformativi da parte dei destinatari del servizio.

L'assetto creato dal nuovo regolamento europeo dovrà essere analizzato e studiato *in evolvendum* al fine di osservare correttamente l'impatto sul funzionamento di piattaforme digitali e motori di ricerca così come della risposta delle istituzioni.

Ciò posto, nell'ambito delle azioni di *private enforcement*, si andrà ora a parlare delle azioni che più occupano i tribunali italiani e i soggetti privati maggiormente proattivi in qualità di attori delle stesse.

2.2.2 Quali privati giocano un ruolo protagonista azionando strumenti *private enforcement*

Come già anticipato parlando della complementarità degli strumenti di *public* e *private enforcement*, la difficoltà incontrata dal secondo a radicarsi ed entrare effettivamente a far parte del bagaglio dei diritti soggettivi dei soggetti legittimati ad agire nasce soprattutto dalla mancanza di consapevolezza da parte dei soggetti di essere titolari della prerogativa che la normativa chiarisce.

⁹⁸⁹ T. Scheriber, IX Convegno Antitrust di Trento, 11-13 maggio 2023

Ciò, cosa che probabilmente andrà livellandosi nel corso del tempo, man mano che gli strumenti di *private enforcement* assurgeranno a *modus operandi* ordinario da parte di chi detiene il diritto di azionarli, ha inevitabilmente portato a una discrepanza di ruoli sussistente tra i soggetti legittimati e coloro i quali si sono effettivamente resi protagonisti di azioni in tal senso.

Come detto, al contrario di quanto accade nell'esperienza concorrenziale statunitense, ove il *private enforcement* la fa da padrone contribuendo per circa il 95% all'attuazione e concretizzazione della normativa antitrust, attraverso la proposizione di azioni risarcitorie da parte di privati che hanno subito nocumento a causa delle altrui infrazioni anticoncorrenziali, in Europa l'azione pubblicistica è quella maggiormente impegnata all'applicazione della disciplina, sobbarcandosi circa il 90% delle azioni rivolte all'implementazione della diritto della concorrenza.

Ciò posto, è anche vero che negli ultimi anni, i giudici competenti a conoscere delle cause azionate dai privati per i danni loro subiti a causa dell'altrui illecito anticoncorrenziale ai sensi dell'art 33 della L. 287/1990⁹⁹⁰ si sono trovati davanti a molte più questioni.

La Dott.sa L. Centofanti⁹⁹¹, giudice della sezione specializzata per le imprese istituita presso il Tribunale di Roma, ha riportato che le principali cause di *private enforcement* che occupano i giudici romani e, più in generale, italiani, riguardano le domande di nullità inerente ai contratti di fideiussione omnibus a valle di un'intesa anticoncorrenziale, stipulati con soggetti terzi rispetto ai contraenti dell'accordo illecito⁹⁹²; altro filone di cause, sempre afferente al contenzioso bancario, vede attivi i mutuatari che abbiano stipulato un contratto di mutuo bancario a tasso variabile, tasso la cui determinazione è legata al parametro Euribor⁹⁹³, in relazione alle manipolazioni, con conseguente violazione dell'art 101 TFUE, accertate dalla Commissione Europea⁹⁹⁴ negli anni compresi tra il 2005 e il 2008⁹⁹⁵. In entrambi i filoni di cause qui in oggetto, i privati protagonisti risultano essere i soggetti

⁹⁹⁰ Che richiama alle sezioni specializzate in materia di impresa, che oggi sono quelle previste dall'art. 18 del d.lgs. 3/2017

⁹⁹¹ Nell'ambito del IX convegno antitrust di Trento, 11-13 maggio 2023

⁹⁹² Di cui si è parlato nel cap. II, paragrafo 1.3.

⁹⁹³ Il cui andamento è stato di recente riportato da "Il sole 24 ore", sulla base dei dati forniti da European Money Markets institute: <https://mercati.ilsole24ore.com/tassi-e-valute/tassi/euribor>

⁹⁹⁴ Con decisione del 4 dicembre 2013 notificata con n. C (2013)8512

⁹⁹⁵ La giurisprudenza di merito, nel settore, vede Roma orientata sull'idea che per apprestare una completa tutela non serve pronunciare la nullità della clausola, ma basti ristorare dal pregiudizio eventualmente subito, come espresso nella sentenza: Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di imprese, 11 giugno 2021, n. 10298 in cui si afferma che i contratti a "valle" di un'intesa anticoncorrenziale, in via generale, mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento danni. Altra pronuncia dello stesso tribunale, distingue sulla scorta di quanto fatto anche dalla giurisprudenza tedesca in materia, tra contratti esecutivi dell'intesa anticoncorrenziale e contratti consecutivi a un'intesa anticoncorrenziale. I primi sono diretti a integrare ed effettivamente attuare l'intesa, i secondi ne sarebbero una mera esecuzione, il che li esclude dalla possibilità di essere travolti da una declaratoria di nullità, potendo questa riguardare solamente i contratti esecutivi (Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di imprese, 27 ottobre 2021, n. 16818. Sul punto, anche la sezione specializzata in materia di imprese istituita presso il Tribunale di Milano rifiuta la possibilità che da un'intesa anticoncorrenziale a monte, come quella accertata dalla Commissione Europea nel 2013, discenda automaticamente la nullità dei contratti stipulati a valle, dovendosi a tale scopo provare che la singola banca mutuante ha preso parte all'accordo anticoncorrenziale e che se ne sia giovata specificamente nel contratto a valle oggetto di causa con conseguente pregiudizio della parte attrice (Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di imprese, 30 maggio 2022, n. 4790)

contraenti con la Banca, contratti di fideiussione omnibus⁹⁹⁶, ovvero contratti di mutuo a tasso variabile, privati sempre più proattivi a seguito della serie di pronunce del giudice di legittimità sul punto.

Sempre in materia di *private antitrust enforcement*, privati attivi risultano anche essere gli O.L.O. (Other Licensed Operator), società autorizzate a offrire servizi di telecomunicazioni, che agiscono contro l'ex monopolista Telecom Italia, per ottenere il risarcimento del danno subito a causa del di essa abuso di posizione dominante, come acclarato a seguito delle indagini esperite da parte dell'AGCM, nel procedimento A428⁹⁹⁷, che si è concluso con l'accertamento dell'infrazione anticoncorrenziale e con l'irrogazione di un'importante somma a titolo di sanzioni.

Da ultimo, stanno anche aumentando le azioni promosse non solo da imprese, ma da consumatori, sotto forma di *class action*, un rimedio *stand-alone* che il Consiglio di Stato⁹⁹⁸ definisce fondamentale per la tutela del privato, anche se non alternativo al *public enforcement*. Tale azione, disciplinata fino al 2019 dall'art 140 *bis* del d.lgs. 206/2005⁹⁹⁹, sarà ora disciplinata quale "azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori" dal d.lgs. 10 marzo 2023 n. 28, che recepisce la direttiva 2020/1828/UE¹⁰⁰⁰, La normativa europea è rivolta a rinforzare la posizione dei consumatori e ad apprestare loro un'effettiva tutela che contribuisca anche a evitare distorsioni della concorrenza, pregiudizievoli per il mercato interno, consentendo agli enti legittimati di agire a tutela dei consumatori con azioni inibitorie e risarcitorie.

Ciò detto, va in ultimo evidenziato come, nonostante i recenti sviluppi, la maggiore mole di azioni risulta ancora essere *follow-on* piuttosto che *stand-alone*, e le corti nazionali stanno sempre più sperimentando, ai fini della quantificazione del danno, non solo il ricorso a consulenze tecniche, ma anche la cooperazione con l'AGCM, il che porta spesso, in realtà, alla mancata pronuncia del giudice per sopravvenienza di un accordo transattivo tra le parti¹⁰⁰¹.

Per quanto concerne il tema della disinformazione, il recente intervento sovranazionale tramite il Regolamento 2022/2065/UE (*Digital Services Act*), bisognerà attendere la messa in atto delle disposizioni, al fine di osservare l'efficacia degli strumenti di *enforcement* privato delineati dalla normativa, nonché delle modalità di risoluzione extragiudiziale delle controversie, il cui utilizzo è

⁹⁹⁶ Rimangono escluse dalla possibilità di far valere la nullità parziale delle clausole che riproducono in tutto o in parte il contenuto dell'intesa anticoncorrenziale a "monte", i contratti di fideiussione specifica, cosa per cui la Dott.ssa L. Centofanti, giudice della sezione specializzata per le imprese istituita presso il Tribunale di Roma, esprime qualche perplessità in considerazione del dato sostanziale per cui la forma e il contenuto dei contratti di fideiussione specifica sono spesso praticamente identici a quelli delle fideiussioni omnibus.

⁹⁹⁷ Procedimento A428, chiusura, ordinanza del 9 maggio 2013: https://www.agcm.it/dotcmsDOC/allegati-news/A428_chiusura.pdf

⁹⁹⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879

⁹⁹⁹ Cosiddetto Codice del Consumo, l'art 140 bis è stato abrogato dalla L. 12 aprile 2019, n. 31

¹⁰⁰⁰ Che abroga la direttiva 2009/22/CE

¹⁰⁰¹ L. Centofanti, IX Convegno Antitrust di Trento, 11-13 maggio 2023

promosso e auspicato a livello europeo, così anche da ridurre il carico che onera l'autorità giudiziaria nazionale, che, con l'aumento delle azioni di *private antitrust enforcement* si sta sempre più specializzando nel settore, ma le viene anche richiesto un notevole dispendio di tempi e risorse per la risoluzione di cause tutt'altro che semplici da trattare.

In materia ambientale, è indubbio che l'azione ministeriale, come detto spesso intempestiva, venga per quel che è possibile coadiuvata dalle vertenze mosse dalle associazioni ambientaliste.

Le associazioni ambientaliste in Italia, quali WWF (World Wide Fund for nature) e Legambiente, come tutte le [associazioni riconosciute ex art. 13 della L. 349/1986](#) contribuiscono alla salvaguardia di un ambiente integro e salubre, muovendosi nella richiesta di risarcimenti per danni direttamente subiti alle proprie ragioni statutarie, nonché promuovendo azioni inibitorie a norma dell'art. 840 *sexiesdecies* c.p.c.

Ciò posto, è evidente che per raggiungere veramente gli obiettivi di tutela dell'ambiente e di neutralità climatica, tutti andranno coinvolti nella lotta avverso la produzione di danni ambientali e la tenuta di comportamenti anche solo potenzialmente dannosi, dovendosi pensare a una disciplina che, pur lasciando impregiudicate le prerogative ministeriale e l'unitarietà dell'azione in materia ambientale, sappia meglio coinvolgere i privati nella protezione del loro diritto soggettivo all'ambiente salubre, ma nell'interesse di ogni uomo a un *habitat* naturale integro e ospitale.

Di recente, in via giurisprudenziale, il Consiglio di Stato ha ammesso l'azione di Comitati di cittadini a tutela di interessi collettivi della particolare categoria che rappresentano dinanzi al giudice amministrativo¹⁰⁰², avendo riguardo alla coerenza con gli obiettivi statutari e al grado di rappresentatività che li connota.

Nonostante ciò, la salvaguardia ambientale rimane un tema caldo e connotato da normative spesso poco efficienti, con uno scarso coinvolgimento dei privati cui si aggiunge spesso una altrettanto scarsa sensibilità e attenzione rispetto ai temi ambientali, oggi sentita quasi esclusivamente dalle nuove generazioni.

Ciò detto a proposito della proattività di diverse categorie di privati a tutela di interessi idonei ad assumere una veste non solo individuale, ma anche e soprattutto collettiva, si andrà a trattare il tema della tutela giurisdizionale prevista, con il relativo riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

¹⁰⁰² Consiglio di stato, adunanza plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6, richiamata da: Consiglio di Stato, Sez. IV 19 giugno 2020, n. 3922, punto 28

3. Una tutela giurisdizionale piena ed effettiva

La tutela giurisdizionale è elemento cardine ai fini dell'efficacia dei sistemi di *enforcement* predisposti alla tutela di interessi pubblici e privati.

Per quanto concerne gli *enforcers* pubblici che, per ciò che qui interessa, sono principalmente il ministero dell'Ambiente, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, i provvedimenti da questi adottati devono necessariamente essere soggetti al successivo controllo da parte di un giudice in ottemperanza a quanto sancito dall'art 113 della costituzione, secondo cui: “contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”¹⁰⁰³. La costituzione esclude la possibilità di limitare per particolari atti o mezzi di impugnazione l'accesso alla tutela giurisdizionale, diritto fondamentale di rango costituzionale.

Ciò posto, ove la pubblica amministrazione agisca in veste di autorità, cosa che accade ove le pubbliche amministrazioni su menzionate agiscano in ottemperanza alle funzioni loro conferite rispettivamente dal T.u.a, dalla legge antitrust, dalla L. istitutiva dell'AGCOM e dal TUSMA, la tutela avverso l'operato di tali amministrazioni è di competenza del giudice amministrativo nell'ambito dell'esplicazione della giurisdizione generale di legittimità prevista dall'art 7 c.p.a. Quest'ultimo, al comma 4, prevede che siano devolute alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie vertenti su atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni.

Dal combinato disposto di tale comma con quanto previsto al comma 1 dello stesso art 7, il quale statuisce che il giudice amministrativo sia competente a conoscere di liti aventi a oggetto l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, porta a concludere che il giudice amministrativo intervenga a fornire tutela giurisdizionale ogni qual volta la pubblica amministrazione, in veste di autorità, eserciti un potere a essa spettante *ex lege*, ovvero manchi di agire in situazioni in cui ne ha l'obbligo, sempre in virtù di previsioni di legge.

Ciò posto, si andrà ora ad analizzare non solo l'insieme delle competenze del giudice amministrativo nell'ambito dell'*enforcement* pubblicistico, ma anche della competenza del giudice ordinario a conoscere delle diverse azioni appannaggio di soggetti privati, singoli o associati, nell'ambito degli strumenti di *private enforcement*, a tutela dei diritti soggettivi emergenti.

¹⁰⁰³ Art 113, comma 1, costituzione

3.1 Il giudice amministrativo, un sindacato completo sull'operato delle amministrazioni

Per quanto concerne le competenze giurisdizionali in materia di *public enforcement*, l'art 133, comma 1, lett. l) del codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) assegna all'autorità giudiziaria amministrativa la competenza esclusiva a conoscere delle controversie aventi a oggetto ogni tipo di provvedimento, anche a carattere sanzionatorio, adottato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni¹⁰⁰⁴.

La devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deriva dal fatto che la materia non tange solamente situazioni giuridiche soggettive qualificabili in termini di interessi legittimi, ma anzi, il legislatore intravede un intreccio tra interessi legittimi e diritti soggettivi, all'interno di un procedimento in cui viene in rilievo l'esercizio di poteri amministrativi, che possono dimostrarsi anche molto pervasivi. In ragione di tali elementi, la messa in campo dei suddetti poteri e l'intreccio tra situazioni giuridiche soggettive coinvolgenti diritti e quelle inerenti a interessi legittimi, giustifica, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale espressa in seno alla sentenza n. 204/2004, l'inserimento della materia nell'art. 133 c.p.a., che elenca le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ancora prima dell'avvento del codice del processo amministrativo, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie vertenti su provvedimenti adottati da parte dell'Agcm era comunque prevista da parte dell'art 33 della L. 10 ottobre 1990 n. 287, istitutiva dell'Autorità menzionata, il quale originariamente disponeva che tutti i provvedimenti adottati dall'AGCM regolati dalla legge in questione rientrassero nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo e, in particolare, fossero di competenza del T.A.R. del Lazio¹⁰⁰⁵.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, ha avuto modo di pronunciarsi in occasione di un regolamento di giurisdizione, della questione relativa alla legittimità della previsione in materia di provvedimenti assunti da parte di autorità amministrative indipendenti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Con la pronuncia in questione¹⁰⁰⁶, la Corte di Cassazione si rifà alla

¹⁰⁰⁴ L'art 133, comma 1, lett. l) del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 dispone che: "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi a oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti a rapporti di impiego privatizzati, adottati dalla Banca d'Italia, dagli organismi di cui agli articoli 112 bis, 113, 128 *duodecies* del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (oggi autorità di regolazione per energia, reti e ambiente), e delle altre Autorità istituite ai sensi della legge 14 novembre 1995, n. 481, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (oggi inglobata dall'ANAC), dalla commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità della pubblica amministrazione, dall'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private, comprese le controversie relative ai ricorsi avverso gli atti che applicano le sanzioni ai sensi dell'articolo 326 del decreto legislativo 7 settembre 2005 n. 209".

¹⁰⁰⁵ L'art 33 è stato riformato a seguito dell'adozione del codice del processo amministrativo, difatti oggi prevede che sia proprio il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 a disciplinare la tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo.

¹⁰⁰⁶ Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 24 maggio 2005 n. 8882

precedente sentenza del giudice delle leggi, la 204 del 2004, con la quale la Corte costituzionale aveva enucleato una serie di principi riproposti dalla Cassazione, ossia quelli secondo cui:

1. La giurisdizione esclusiva non può giustificarsi solo in ragione della presenza, in un determinato settore, di un rilevante interesse pubblico da tutelare;
2. L'art 103 della Costituzione, nel prevedere la possibilità del giudice ordinario di delegare alla tutela amministrativa anche situazioni in cui emergono diritti soggettivi, non assegna un potere né assoluto né incondizionato, ma solo la facoltà di indicare materie in cui la salvaguardia delle posizioni dei privati nei confronti della pubblica amministrazione coinvolgono anche diritti soggettivi;
3. La particolarità della materia, richiesta espressamente dall'art 103, si lega alla necessità che sia nel caso della giurisdizione generale di legittimità che nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia stato coinvolto l'agire della Pubblica Amministrazione in veste di autorità, da cui discende che la tutela debba essere apprestata da parte del giudice amministrativo;
4. La particolarità della materia deve comportare che, ove non fosse prevista la giurisdizione esclusiva, la controversia rientrerebbe comunque nelle competenze del giudice amministrativo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità¹⁰⁰⁷.

Per quanto riguarda l'art 33 della L. 287/1990, è evidente che la pubblica amministrazione, impersonata dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, nell'ambito dell'esercizio delle proprie funzioni, nell'emanazione di provvedimenti, anche sanzionatori, agisce quale Autorità. In virtù di ciò, ove la conoscenza delle controversie inerenti ai provvedimenti adottati dall'AGCM nell'ambito dell'esercizio delle funzioni cui è preposta, a essa conferita affinché sia tutelato un rilevante interesse pubblico, non fosse di competenza del giudice amministrativo in ragione della devoluzione allo stesso dell'intera materia quale oggetto di propria giurisdizione esclusiva, sarebbe comunque da assegnare allo stesso giudice nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, in quanto la pubblica amministrazione è abilitata a esercitare poteri discrezionali atti alla cura di un interesse pubblico.

L'esercizio da parte del legislatore del potere allo stesso conferito da parte dell'art 103 della Costituzione e quindi, la predeterminazione *ex lege* della devoluzione al giudice amministrativo della materia in blocco, facendola rientrare nell'ambito di azione della giurisdizione esclusiva, deriva dalla necessità di mettere ordine alla disciplina inerente alla tutela giurisdizionale in un ambito in cui si verifica un innegabile intreccio di situazioni giuridiche soggettive.

¹⁰⁰⁷ Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 24 maggio 2005 n. 8882, punto 5.2 in diritto

Nella materia riguardante le competenze e il loro espletamento all'interno di provvedimenti *ad hoc* adottati da parte delle autorità amministrative indipendenti, non solo l'AGCM ma anche l'AGCOM per ciò che qui interessa, coinvolgono situazioni giuridiche non solo afferenti a interessi legittimi, ma anche a diritti soggettivi, come quelli patrimoniali inevitabilmente toccati dall'irrogazione delle sanzioni previste *ex lege*.

La Cassazione, a proposito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista *ex art 33* della L. 287/1990, esclude che sia violato o aggirato il criterio costituzionalmente previsto per il riparto di giurisdizione, quello della *causa petendi*, legittimando il *dictat* della disposizione legislativa.

Ciò posto, oggi il codice del processo amministrativo sancisce definitivamente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con riferimento ai provvedimenti assunti da parte dell'AGCM e dell'AGCOM nell'esercizio delle proprie prerogative.

La tutela giurisdizione apprestata nei confronti di tali atti è ispirata, come imposto dall'art 113 della costituzione e, a livello legislativo, dall'art 1 del c.p.a., ai principi di pienezza ed effettività, motivo per cui il sindacato del giudice amministrativo è particolarmente ampio.

Come visto, infatti, durante la fase giurisdizionale si recuperano gli strumenti di tutela dei diritti soggettivi afferenti al ricorrente che sia stato destinatario di un provvedimento sanzionatorio, recante sanzioni che, sulla base dei criteri Engel¹⁰⁰⁸, risultano avere carattere sostanzialmente penale, cosa che consente al giudice amministrativo di ingerirsi nel merito del provvedimento sanzionatorio e modulare, sino ad azzerare, l'importo inflitto. Allo stesso modo, sebbene con maggiori limiti rispetto alla valutazione nel merito, il giudice è competente a valutare della legittimità afferenti alle valutazioni tecniche svolte da parte delle autorità amministrative indipendenti, in ragione della necessità di assicurare, appunto, una tutela giurisdizionale che sia in tutto e per tutto piena ed effettiva¹⁰⁰⁹.

Sempre legata al *public enforcement* è l'azione ministeriale in materia di tutela dell'ambiente.

In proposito, il giudice amministrativo risulta competente a conoscere dei ricorsi regolati dall'art 310 del T.u.a., presentati da parte dei soggetti legittimati *ex art 309*, ai fini dell'annullamento degli atti illegittimamente assunti dal ministero in quanto violativi delle norme previste dalla parte sesta del codice dell'ambiente, ovvero avverso il silenzio inadempimento dello stesso e per il risarcimento del danno derivante dal ritardo nell'attivazione delle misure di precauzione, o atte a prevenire o contenere il danno ambientale¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ Corte EDU, *Grande Chambre*, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi. Del sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni sostanzialmente penali si è detto nel Cap. II, paragrafo 2.1.1

¹⁰⁰⁹ a proposito del sindacato sulle valutazioni tecniche, si veda Cap. II, paragrafo 3.2.3

¹⁰¹⁰ Art 310, comma 1, d.lgs. 152/2006

Allo stesso modo, è sempre il giudice amministrativo a dover conoscere i ricorsi avverso le ordinanze emanate dal Ministero dell'Ambiente a norma dell'art. 313 del T.u.a.^{1011/1012}, come disposto dall'art. 316 del testo unico.

Per quanto sin qui visto, con l'eccezione dell'azione pubblicistica perpetrata da parte del Ministero dell'Ambiente, il giudice amministrativo si occupa preminentemente di ricorsi inerenti all'esercizio di *public enforcement*, mentre il giudice ordinario, come si vedrà, conosce delle azioni privatistiche di risarcimento del danno. La ragione di ciò risiede nel fatto che solo nel primo caso la pubblica amministrazione risulta aver esercitato i poteri a essa conferiti in quanto autorità, circostanza che fa intervenire la competenza del Giudice amministrativo, come si evince dal disposto dell'art 7 c.p.a.¹⁰¹³.

3.2 Il private enforcement e il ricorso alla giurisdizione ordinaria

A proposito di *enforcement* in mano ai privati, la volontà di accrescere la sua pregnanza e il suo impatto è stata registrata soprattutto nell'ambito del settore concorrenziale e informativo, per quanto concerne l'erogazione i servizi da parte di piattaforme digitali, con l'obiettivo di efficientare l'attuazione e riempire di efficacia la relativa normativa europea.

La competenza a conoscere delle cause di *private enforcement*, principalmente legate a richieste risarcitorie, spetta al giudice ordinario, lo stesso che è chiamato a decidere dell'azione risarcitoria azionabile dal Ministero dell'ambiente in nome dello Stato ai fini di avere ristoro dal nocumento arrecato dall'attività antropica alla salubrità e integrità dell'ambiente, prevista dall'art 311 del T.u.a.¹⁰¹⁴.

Partendo da quest'ultima, essa nasce a cagione della necessità di apprestare tutela civilistica alle ragioni ministeriali, sarà per cui competente il giudice ordinario civile il quale deciderà *in primis* con riguardo al risarcimento in forma specifica, relegando il risarcimento per equivalente patrimoniale a un ruolo assolutamente subordinato, da cui attingere solo nel caso in cui risulti impossibile perpetrare il risarcimento in forma specifica.

Sempre in materia ambientale, il giudice civile è competente a conoscere tutte le cause di risarcimento o inibitorie promosse da parte dei privati legittimati nell'ambito dell'esercizio di *enforcement* privato. In virtù di ciò, il giudice ordinario giudicherà sull'azione inibitoria eventualmente promossa dalle associazioni ambientaliste *ex art 840 sexiesdecies* al fine di avversare l'efficacia di atti o

¹⁰¹¹ Di cui si è trattato nel Cap. I, paragrafo 2.2.2.

¹⁰¹² La giurisdizione del giudice amministrativo nei casi regolati dagli artt. 310 e 316 è annoverata tra le materie di giurisdizione esclusiva all'art 133, comma 1, lett. s) c.p.a.

¹⁰¹³ Art. 7, D.lgs. 104/2010, dispone la devoluzione a giudice amministrativo delle controversie coinvolgenti interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, diritti soggettivi, purchè concernano l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo.

¹⁰¹⁴ Anche di tale norma si è parlato nel Cap. I, paragrafo 2.2.2.

comportamenti, omissivi o commissivi, che nuocciono alla tutela degli interessi che per statuto sono atte a salvaguardare.

Le associazioni ambientaliste, inoltre, a norma dell'art 18 della legge istitutiva del Ministero dell'Ambiente, ove posseggano, come visto, i requisiti previsti dall'art 13 della L. 349/1986, possono ricorrere al giudice amministrativo anche per richiedere l'annullamento di atti lesivi degli interessi da loro tutelati

Inoltre, le stesse associazioni, per costante giurisprudenza di legittimità, sono legittimate a costituirsi parti civili nell'ambito di procedimenti penali vertenti sulla commissione di reati ascrivibili alla categoria che risulta lesiva dell'interesse all'integrità e salubrità dell'ambiente perseguito statutariamente dall'ente¹⁰¹⁵.

È così che la situazione rimane anche in materia di concorrenza, nella quale i privati sono legittimati ad agire direttamente per la tutela delle proprie ragioni e a ristoro della lesione subita in ragione della condotta altrui violativa del diritto *antitrust*. I soggetti privati, infatti, possono agire in modalità *follow-on* o *stand-alone*, ma è quest'ultimo tipo di azione che la normativa recente vuole implementare al fine di ricevere positivi riscontri in ordine alla consapevolezza dei titolari del diritto ad agire di possedere nella propria sfera giuridica tale facoltà. Ciò è dimostrato dalla predisposizione di una normativa *ad hoc* utile al radicamento nella prassi di azioni di *private enforcement* il quale, come già visto nella trattazione del Cap. II, è regolato nel settore *antitrust* dalla direttiva 2014/104/UE, recepita nell'ambito del diritto nazionale dal d.lgs. 3/2017.

Diversamente, nell'ambito della tutela avverso la disinformazione, il nuovo regolamento prevede una forte responsabilizzazione delle piattaforme e motori di ricerca online, implementando e incoraggiando il ricorso, se del caso, a modalità di risoluzione extragiudiziale delle controversie.

Ciò detto, resta ferma la possibilità di ricorrere al giudice ordinario da parte dei destinatari del servizio che abbiano subito una decisione, comunque motivata, di disabilitare l'accesso o rimuovere le informazioni che risultano essere manipolate, per opporsi all'esercizio da parte dei providers di poteri inerenti all'*enforcement* privato. Allo stesso modo, è consentito il ricorso anche da parte dei soggetti privati che abbiano esercitato la facoltà di presentare segnalazioni con riguardo alla divulgazione di contenuti illeciti *online*¹⁰¹⁶.

Fatti questi brevi cenni complessivi con riguardo alle competenze di giudice amministrativo e giudice ordinario, è evidente che, sempre nel rispetto dei criteri costituzionalmente previsti in ordine al riparto di giurisdizione, ciò che davvero preme è apprestare in ogni situazione la giusta tutela giurisdizionale

¹⁰¹⁵ Il tema della legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste è stato trattato all'interno del Cap. I, paragrafo 2.3.1

¹⁰¹⁶ Facoltà prevista dall'art 16 del Digital Services Act

avverso gli atti autoritativi della Pubblica amministrazione così come ai fini della tutela dell'integrità della propria sfera patrimoniale e personale. La disciplina tutta, quindi, relativa all'*enforcement* pubblico come al privato, mira a ossequiare e garantire il rispetto del principio di tutelare giurisdizionale piena ed effettiva, quale diritto fondamentale degli individui tutelato anche a livello europeo attraverso l'art 47¹⁰¹⁷ della CDFUE, e con l'art 13¹⁰¹⁸ CEDU.

¹⁰¹⁷ L'art 47 della CDFUE dispone che: "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, nel rispetto delle condizioni previste al presente articolo[...]"

¹⁰¹⁸ L'art 13 della CEDU prevede che: "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali"

Conclusioni

Private e public enforcement, sviluppatasi in Italia sulla scorta delle evoluzioni nate a livello europeo, si stanno muovendo, in tutti campi, verso il raggiungimento della più completa, compiuta, efficiente compenetrazione e cooperazione, così da assurgere a strumenti complementari che dimostrino tutta la loro pregnanza ed efficacia rispetto alla salvaguardia di interessi pubblici importanti come quelli connessi alla tutela dell'ambiente, della concorrenza e della corretta e leale informazione, dimensione passiva della libertà di manifestazione del pensiero.

La proattività dei privati va di pari passo con la loro presa di consapevolezza in ordine al ruolo da poter ricoprire in tali settori, in ordine alla propria titolarità di una serie di diritti strettamente connessi all'interesse eventualmente leso, del sempre maggiore coinvolgimento di enti rappresentativi riconosciuti che tutelino gli interessi della categoria di appartenenza con un minore spiegarlo di risorse da parte dell'autorità giudiziaria, unito a una maggiore efficacia dell'azione stessa in ragione del grado di rappresentatività degli enti stessi, che evita frammentazione di cause e la formazione di giudicati discordanti.

In ogni settore, l'autorità pubblica di riferimento, che sia ministeriale, ovvero parte del novero delle autorità amministrative indipendenti, agisce nell'ambito del *public enforcement*, certamente irrinunciabile e fondamentale per centrare obiettivi punitivi che si riverberino a livello sociale con effetti general preventivi, oltre che special preventivi, specificamente rivolti al soggetto punito a seguito del procedimento di indagine. Le sanzioni comminate dalle norme europee, trasposte nell'ordinamento giuridico interno, devono rispondere sempre e comunque a canoni di effettività, proporzionalità e dissuasività, così da essere contemporaneamente idonee a infliggere la giusta ammenda ai trasgressori, così da dissuadere gli stessi da una reiterazione e gli altri consociati dal tenere il medesimo comportamento illecito, e proporzionate rispetto alla condotta tramite la quale si è concretizzata la violazione di legge.

Ciò detto, l'efficacia delle norme europee, come quelle del TFUE in materia di concorrenza, quelle previste dal Green new Deal per completare la transizione verde e raggiungere l'obiettivo della neutralità climatica entro il 2050, quelle che riconoscono la libertà di espressione e il diritto a essere informati, passa necessariamente attraverso, come rilevato dalla giurisprudenza della Corte unionale¹⁰¹⁹, la previsione di adeguati strumenti di tutela delle ragioni privatistiche, anche in virtù della necessità di apprestare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva rispetto a diritti soggettivi e interessi legittimi.

¹⁰¹⁹ Si veda, in proposito, la sentenza *Courage*, CGUE, 20 settembre 2001 ECLI:EU:C:2001:465, sulla causa C-453/99 di cui si è parlato, unitamente ad altra giurisprudenza, al Cap. II, paragrafo 3.1

Le azioni dei privati, inoltre, diventano fondamentali ai fini di una salvaguardia mediata che completa le prerogative cautelative e protezionistiche tipiche delle istituzioni pubbliche, che inevitabilmente si attivano, a causa della insormontabile limitatezza di tempi e risorse, per questioni che valutano essere più importanti e urgenti.

Ebbene, da quanto emerso a seguito della presente analisi, nei diversi settori in cui questa si scandisce, il ruolo dei privati ha ben ampi margini di implementazione, che vengono via via riempiti grazie alle specificazioni settoriali effettuate dalla legislazione eurounitaria, come dimostra la direttiva 2014/104/UE che, sebbene avente a oggetto un diritto già previsto dal disposto degli artt. 101 e 102 TFUE, è risultata fondamentale per l'attecchimento negli ordinamenti nazionali del *private antitrust enforcement*, così come, probabilmente, altrettanto fondamentale e impattante risulterà essere la direttiva 2020/1828/UE in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, il *Digital Services Act*, così come è stata basilare la previsione *ex art.* 13 della L. 349/1986 in merito alla legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste, poi meglio precisata, ampliata e rinforzata tramite interventi giurisprudenziali.

Certo è che il settore ambientale è quello, come visto, più restio ad abbracciare discipline che coinvolgano direttamente i privati nella tutela dell'integrità e salubrità degli ecosistemi, e altrettanto certo è che risulta essere il settore in cui più urge un'innovazione¹⁰²⁰ alla luce dei nuovi obiettivi europei, quindi nazionali, rivolti alla neutralità climatica, che mal si conciliano con la tanto difficile dimostrazione di un interesse qualificato che legittima l'azione privata in materia ambientale, in cui l'interesse ha portata, come noto, collettiva.

Il barcamenarsi tra diritti soggettivi, interessi individuali e collettivi, azioni *follow-on*, *stand-alone*, sanzioni pecuniarie amministrative e risarcimenti compensativi, la funzione punitiva dell'*enforcement* pubblicistico e quella compensativa del *private enforcement* non è di certo semplice, né per i legislatori, al momento di delineare una disciplina che si riveli efficiente, efficace, ragionevole, proporzionata, intellegibile, né per i giudici.

Il tutto va letto alla luce del principio di leale collaborazione, tra pubblico e privato, tra punizione e compensazione, tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa, di modo da avvicinare il più possibile il momento in cui la complementarietà tanto osannata sia sempre più effettiva e operativa, nel settore *antitrust*, ma soprattutto nei settori in cui lo sviluppo è ancora *in pectore*, ovvero appena agli albori, come nel caso del tema legato alla salvaguardia ambientale e alla tutela dell'interesse

¹⁰²⁰ In proposito, i Gruppi di Ricerca Ecologica ritengono imprescindibile l'istituzione di un Tribunale per l'Ambiente ossia di un'autorità giudiziaria che, coerentemente con le problematiche, la peculiarità e la complessità della materia, sia specializzata nelle questioni ambientali.

Si veda, in proposito, GRE, *Istituire subito il tribunale per l'ambiente*, 11 febbraio 2022 <https://www.gruppicercaecologica.it/2022/02/12/gre-istituire-subito-il-tribunale-per-lambiente/>

pubblico alla corretta informazione, attraverso cui si scongiura l'alterazione dell'ordine e dei processi democratici, garantendo il regolare esercizio dei diritti.

AMBIENTE

BIBLIOGRAFIA

- G. Aversente, *Il principio di precauzione: il rapporto problematico tra diritto e incertezza scientifica*, «DPCE online», 2020, fasc. 3, pp. 3475-3481;
- D. Bevilacqua, *La normativa Europea sul clima e il green new deal. Una regolazione strategica di indirizzo*, «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 2/2022
- L. Bigliazzi Geri, *A proposito di danno ambientale ex art. 18, l. 8/7(1986, n. 349 e di responsabilità civile*, intervento al Seminario su "Quale futuro della responsabilità civile?", Milano, 12-13 dicembre 1986, «Politica del diritto», 1987, fasc. 2, pp. 253-260
- S. Bocchini, *Rischio di danno ambientale e principio di precauzione in Diritto e processo amministrativo*, 2020, fasc. 2, pp. 465-502
- M. Buccarella, *Il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest alla luce del diritto internazionale dei trattati*, «Diritto Penale e Processo», n. 9, 1 settembre 2022, p. 1160
- M. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, «Diritto dell'ambiente» (V edizione), 2021, p. 192-206
- A.G. Caragli, *La dinamica applicativa del principio di precauzione tra esigenze di tutela e di proporzionalità: il Consiglio di Stato si pronuncia in materia di vaccini* [Nota a sentenza: Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 6655], «GiustAmm.it», 5/2020, pp. 9
- M. Cecchetti, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come "diritto dell'ambiente"* «federalismi.it», 25 del 20 dicembre 2006, <https://www.federalismi.it/ ApplOpenFilePDF.cfm?artid=6610&dpath=document&dfile=21122006031148.pdf&content=La%2Bdisciplina%2Bgiuridica%2Bdella%2Btutela%2Bambiente%2Bcome%2B%27diritto%2Bdell%27ambiente%27%2B%2D%2Bdiritto%2Bdell%27ambiente%2B%2D%2Bfacolt%27%2Bdi%2Bgiurisprudenza%2B%2D%2Buniversit%27%2Bdi%2Bluiss%2B%2D%2Bdispense%2B%2D%2B> (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- G. Cocco, *Tutela dell'ambiente e danno ambientale. Riflessioni sull' art. 18 della legge 8 luglio 1986, n. 349*, «Rivista giuridica dell'ambiente», 1986, fasc. 3, pp. 485-496
- Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo, *Rapporto Brundtland-our common future*, 1987
- M. Comporti, *La responsabilità per danno ambientale* (nota a ordinanza della corte dei Conti, sezioni riunite, 21 ottobre 1986, n. 107), «Il foro italiano», 1987, fasc. 6, pt. 3, pp. 266-276
- G. Cialesi, *PNRR 2021-2026: dopo la fase iniziale documentale 2021-2022 inizia la fase operativa 2023-2026*, «Pratica Fiscale e Professionale», n. 2 del 16 gennaio 2023
- M. De Donno, *L' emergenza climatica e la democrazia partecipativa*, «Giornale di diritto amministrativo», n. 6, 1 novembre 2022, p. 755

- F. De Leonardis, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, «Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente», 1/2020
- P. Dell'anno, *Trattato di diritto dell'ambiente*, CEDAM, 2012
- Di Martino, *Il soccorso procedimentale nelle gare telematiche e l'amministrazione automatizzata*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3/2022, p. 363
- R. Ferrara, *Il principio di precauzione e il "diritto della scienza incerta": tra flessibilità e sicurezza*,
«Rivista giuridica di urbanistica», 2020, fasc. 1, pt. 1, pp. 14-39
- F. Fonderico, M. Cafagno, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, «Trattato di diritto dell'ambiente», capitolo XI, p. 487
- F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, «Studi sui principi del diritto amministrativo», 2012 - iris.unibocconi.it
- F. Fracchia, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, «Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente», 2010 - iris.unibocconi.it
- ISPRA (istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale), *Poteri autorizzatori e poteri di controllo della pubblica amministrazione. Profili generali e di tutela dell'ambiente*, Luglio 2017, <https://www.isprambiente.gov.it/it/pubblicazioni/manuali-e-linee-guida/poteri-autorizzatori-e-poteri-di-controllo-della-pubblica-amministrazione.-profili-general-e-di-tutela-dell2019ambiente> (ultima consultazione 21 maggio 2023)
- G. Manfredi, *Osservazioni su ambiente e democrazia*, G. Manfredi e S. Nespors, Ambiente e democrazia, Milano, Giuffrè, 2010, p.297-298.
- D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. R. Meadows, W. W. Behrens III, *The limits to growth*, 1972
- Moliterni, *Antitrust e ambiente ai tempi del green deal: il caso dei sustainable agreements*, «Giornale di diritto amministrativo», 3/2021
- M. Montini, *SDGs e sviluppo sostenibile nel diritto internazionale dell'ambiente* «FEDERALISMI. IT», 2019 - usiena-air.unisi.it
- D. Morana, *L'effettività del diritto alla salute oltre le Corti: vecchie e nuove questioni*, «Rivista di diritti comparati», fascicolo n. 1/2022
- F. Munari, *Public e private enforcement del diritto ambientale dell'Unione*, Convegni annuali e interinali AISDUE, 1 gennaio 2023
- L. Prati, *Legittimazione delle associazioni ambientaliste al risarcimento dei danni non patrimoniali per i reati ambientali*, in www.ambientediritto.it/dottrina/legittimazione-delle-associazioni-ambientaliste-al-risarcimento-dei-danni-non-patrimoniali-per-i-reati-ambientali/ (ultima consultazione 22 maggio 2022)

- S. Pugliatti, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, Giuffrè, 1962
- A. Quaranta, *Il piano per la transizione ecologica: aspetti tecnici e culturali della svolta da imprimere al nostro Paese*, «Ambiente & sviluppo», 7/2022, p. 481
- M. Renna, *Misure amministrative di enforcement del principio di precauzione per la tutela dell'ambiente* «Jus: rivista di scienze giuridiche», 1, 2016
- C. Ripa, C. Giannattasio, G. Lo Re, A. Mancini, *Il risarcimento iure proprio in sede civile per le associazioni ambientaliste (in relazione ai reati ambientali)*, «Quotidiano legale», 24 dicembre 2019, <https://www.quotidianolegale.it/17430-2/> (ultima consultazione 22 maggio 2022)
- U. Salanitro, *Il principio chi inquina paga, tra responsibility e liability*, «Giornale di diritto amministrativo», 1/2020, p. 33
- U. Salanitro, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, «Rivista di diritto civile», 1/2018
- U. Salanitro, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, «Rassegna di diritto civile», volume 29, fascicolo 2, 2009 p. 472
- M. Sciascia, *Riforma in itinere degli artt.9 e 41 della costituzione: l'habitat umano quale bene collettivo unita*, «Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo», (Classe A), fascicolo 3, 2021
- M. Silvestri, *Sviluppo sostenibile: un problema di definizione* «Gentes», 2015 - academia.edu;
- N. Spadaro, *Considerazioni sugli ultimi orientamenti della Commissione europea in tema di aiuti di Stato nel settore ambientale ed energetico*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Fascicolo 2/2021
- G. Spina (a cura di), *Corte di Cassazione Civile, nota a sentenza della Cassazione civile, Sez. Unite, Ordinanza, 30 giugno 2022, n. 20869*, «Ambiente & sviluppo», 12, 1 dicembre 2022, p. 799
- C. Tagliaferro, *La politica ambientale europea: l'evoluzione, i principi e gli strumenti*, <http://wpage.unina.it/cicia/PoliticaUE.pdf> (ultima consultazione 22 maggio 2022)
- G. Terracciano, *La tutela dei beni ambientali; la gestione dei vincoli paesaggistici*, «Gazzetta ambiente», 4/5 1995, 239
- G. Terrano, *La dimensione sociale del diritto ambientale*, «Diritto pubblico europeo, rassegna online», 1/2019
- N.M. Tritto, *I limiti all'iniziativa economica privata e la salvaguardia delle future generazioni alla luce delle recenti modifiche alla costituzione*, «Rivista Corte dei Conti», 1/2022

- United Nations declaration, *Conference on the Human Environment*, Stockholm, 1972
- United Nations Declaration, *Conference on Environment and development*, Rio de Janeiro, 1992
- United Nations Economic Commission for Europe (UNECE), *Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni*, 25 giugno 1998
- United Nations declaration-Millennium summit, *Millennium development goals*, 2000
- Nazioni Unite, *convenzione quadro delle sue azioni sui cambiamenti climatici* (accordo di Parigi), 12 dicembre 2015
- A. Venieri, *Sostenibilità d'Impresa: una "bussola" per le aziende e gli addetti ai lavori*, in *Ambiente & sviluppo*, 11/2022, p. 681
- G. Vergallo "danno ambientale - tra private enforcement e pene private", 2019, https://etd.adm.unipi.it/theses/available/etd-09052015-153202/unrestricted/Danno_ambientale_Tra_private_enforcement_e_pene_private.pdf
- (ultima consultazione 22 maggio 2022)

GIURISPRUDENZA

Consiglio di stato:

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022 n. 8167
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 settembre 2022, n. 7978
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 maggio 2022, n. 3885
- Consiglio di Stato, Sez. II, 19 aprile 2021, n. 3170
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 aprile 2020, n. 2405
- Consiglio di Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3711
- Consiglio di Stato, Sez. V, 27 aprile 2012, n. 2460
- Consiglio di Stato, Sez. IV, Sentenza, 16 giugno 2011, n. 3662
- Consiglio di Stato, Sez. V, 26 febbraio 2010, n. 1134
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2001

Corte di Cassazione:

- Corte di Cassazione civile, Sezioni unite, 30 luglio 2022 n. 23436
- Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, 27 luglio 2022, n. 23436
- Corte di Cassazione civile, Sez. Unite, Ordinanza, 30 giugno 2022, n. 20869
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 27 marzo 2019, n. 8468
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 1 settembre 1995, n. 9211
- Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 25 gennaio 1989, n. 440
- Corte di Cassazione penale, Sez. III, 14 novembre 2018, n. 51475
- Corte di Cassazione penale, Sezioni Unite, 18 settembre 2014 n. 38343
- Corte di Cassazione penale., Sez. III, 17 gennaio 2012, n. 19439
- Corte di Cassazione penale, Sez. III, 29 novembre 2011, n. 633

Corte Costituzionale:

- Corte Costituzionale, 2020, n. 118, G. U. 24 giugno 2020, n. 26
- Corte Costituzionale, 2018, n. 58, G. U. 28 marzo 2018, n. 13
- Corte Costituzionale, 2016, n. 126, G.U. 8 luglio 2016, n. 23
- Corte Costituzionale, 2013, n. 85, G. U. 15 maggio 2013, n. 20
- Corte Costituzionale, 2021, n. 270, G. U. 28 luglio 2010, n. 30
- Corte Costituzionale, 2009, n. 232, G. U. 29 luglio 2009, n. 30
- Corte Costituzionale, 2009, n. 225, G. U. 29 luglio 2009, n. 30
- Corte costituzionale, 2008, n. 104, G. U. 23 aprile 2008, n. 18
- Corte costituzionale, 2006, n. 398, G. U. 6 dicembre 2006, n. 48
- Corte costituzionale, 25 settembre-1 ottobre 2003, n. 303, G. U. 8 ottobre 2003, n. 40
- Corte costituzionale, 10-26 luglio 2002 n. 407, G. U, 31 luglio 2002, n. 30
- Corte costituzionale, 17-30 dicembre 1987, n. 641, G. U. 13 gennaio 1988, n. 2
- Corte Costituzionale, 22-28 maggio 1987, n. 210, G. U. 1 luglio 1987, n. 27

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo:

- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, 24 gennaio 2019, Causa Cordella e altri c. Italia
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, Sez. I, 5 maggio 2022, Causa Ardimento e altri c. Italia

Corte di Giustizia dell’Unione Europea:

- CGUE, Sez. IV, 16 giugno 2022, ECLI:EU:C:2022:470, procedimenti riuniti C-65/21, C-73/21, C-75/21
- CGUE, Grande Sezione, 1 ottobre 2019, ECLI:EU:C:2019:800, procedimento C-616/17
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 20 settembre 1988, procedimento C-302/86
- Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 7 febbraio 1985, procedimento C- 240/83

Pronunce Giudice ordinario di merito:

- Tribunale di Roma, Sez. XVIII, 14 dicembre 2022, n. 18412, punto 2 “motivi della decisione”
- Corte d’Appello di Trieste, Sez. II, 30 giugno 2020, n. 296
- Tribunale ordinario di Trieste, 1 febbraio 2019, n. 56

Tribunali Amministrativi Regionali:

- T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 14 novembre 2022, n. 1750
- T.A.R. Puglia Lecce, Sez. I, 11 ottobre 2022, n. 1579
- T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, 09 maggio 2022, n. 1064
- T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 11 febbraio 2015, n. 544
- T.A.R. Sicilia Palermo, Sez. I, 23 settembre 2019, n. 2233
- T.A.R. Campania Napoli, Sez. VII, 03 maggio 2018, n. 2965
- T.A.R. Emilia-Romagna Bologna, Sez. II, 19 aprile 2018, n. 346
- T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 1607
- T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, Sentenza, 06 novembre 2014, n. 2674

- T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 10 novembre 2010, n. 2634

NORMATIVA

Decreti legislativi:

- D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, testo unico delle leggi sugli ordinamenti degli enti locali
- D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, norma in materia ambientale
- D.lgs. 6 agosto 2013, n. 97, disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, Legge europea 2013

Leggi:

- L. 15 dicembre 2004, n.308, delega al governo per il riordino il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione
- L. 16 marzo 2001 n. 108, ratifica ed esecuzione della Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, con due allegati, fatta ad Aarhus il 25 giugno 1998
- L. 7 agosto 1990 n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi;
- L. 8 luglio 1986 n. 349, istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale;

Atti normativi dell'Unione europea:

- Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento, COM (2001)31
- decisione (UE) 2016/1841 del Consiglio, del 5 ottobre 2016, relativa alla conclusione, a nome dell'Unione europea, dell'accordo di Parigi adottato nell'ambito della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici
- Comunicazione della Commissione europea COM(2015) 614 final, *L'anello mancante Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*
- Direttiva (UE) 2019/904 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente
- Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale
- Direttiva 97/11/CE del Consiglio, del 3 marzo 1997, che modifica la direttiva 85/337/CEE concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati
- Direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, sulla prevenzione e riduzione integrale dell'inquinamento
- Direttiva 94/55/CE del Consiglio, del 21 novembre 1994, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al trasporto di merci pericolose su strada

- Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 giugno 2021 n. 1119, che istituisce il quadro per il conseguimento della neutralità climatica e che modifica il Regolamento (CE) n. 401/2009 e il Regolamento (UE) 2018/1999 («Normativa europea sul clima»)
- Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 21 ottobre 2009 n. 1107, relativo all'immissione sul mercato di prodotti fitosanitari e che abroga le direttive del Consiglio 79/117/CEE e 91/414/CEE
- Trattato di Maastricht, 1992
- Trattato di Amsterdam, 1997
- Atto unico Europeo, 1986

SITOGRAFIA

- Asvis: allenanza italiana per lo sviluppo sostenibile: <https://asvis.it/sviluppo-sostenibile> (ultima consultazione 22 maggio 2022)
- Cambiamenti climatici: il contributo dell'UE, <https://www.consilium.europa.eu/it/policies/climate-change/#:~:text=Secondo%20quanto%20previsto%20dalla%20normativa,climaticamente%20neutra%20entro%20il%202050.> (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- Cos'è la valutazione di impatto ambientale: <https://blog.unioneprofessionisti.com/valutazione-impatto-ambientale-via-storia-procedura/21144/#:~:text=La%20migliore%20politica%20ambientale%20consiste,Cronistoria%20VIA.&text=La%20Valutazione%20Impatto%20Ambientale%20%20C3%A8,del%20concetto%20di%20Sviluppo%20Sostenibile.> (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- Cos'è l'economia lineare, <https://www.economiafinanzas.com/it/que-es-la-economia-lineal/> (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- Environmental Research Letters, Londra, 2022: <https://www.wired.it/article/cambiamenti-climatici-mortalita/> (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- Treccani online: https://www.treccani.it/enciclopedia/interessi-diffusi-e-collettivi-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/#:~:text=Nel%20modello%20relativamente%20sogettivo%20C%20che,alla%20ricerca%20di%20un%20portatore. (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- Treccani online: [https://www.treccani.it/enciclopedia/unep_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/#:~:text=UNEP%20\(United%20Nations%20Environment%20Programme\)%20Organo%20istituzionale%20delle%20Nazioni%20Unite,utilizzo%20sostenibile%20delle%20risorse%20naturali](https://www.treccani.it/enciclopedia/unep_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/#:~:text=UNEP%20(United%20Nations%20Environment%20Programme)%20Organo%20istituzionale%20delle%20Nazioni%20Unite,utilizzo%20sostenibile%20delle%20risorse%20naturali) (ultima consultazione 22 maggio 2023)

CONCORRENZA

BIBLIOGRAFIA

- M. R. Allegri, *Il diritto di accesso a internet: profili costituzionali*, <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2021/04/RDM-1-21-Allegri.pdf>
- V. Amendolagine, *Percorsi di giurisprudenza – Fideiussione e clausola contrastanti con le norme antitrust*, «Giurisprudenza italiana», nn. 8 e 9, 1 agosto 2022, p. 1974
- M. Aranci, *Il sistema sanzionatorio degli illeciti antitrust: prospettive di armonizzazione europea per le misure nei confronti degli individui?*, «rivista.eurojus.it», fascicolo 1/2021
- L. Baroni, S. D’Ancona, P. Provenzano, *Il rafforzamento dell’azione delle autorità nazionali garanti per la concorrenza. Un nuovo impulso dall’Unione Europea*, «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», nn. 3 e 4, 2019
- G.A.M. Bellomo, *Alcuni chiarimenti sulla decorrenza della prescrizione delle azioni follow-on di private enforcement e sul momento percettivo del danno*, «Il diritto industriale», 6, 1 novembre 2020, p. 509
- L. Bianchi, *Le perdite di chance generano danni da risarcire fiscalmente non imponibili – la non imponibilità del risarcimento del danno da perdita di chance per mancato accesso al sistema della retribuzione di risultato*, «Rivista di Giurisprudenza Tributaria», 11 novembre 2022 n. 11, p. 880
- N. Bobbio, *Novissimo Digesto XVI*, Torino, 1969, p. 530
- R. Camposeo, *Il valore del provvedimento dell’Autorità Garante nel sistema antitrust del doppio binario tra forza vincolante e criticità del sistema*, «Giustiziacivile.com», 11/2018
- F. Caringella, *Studi di diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 267
- R. Chieppa, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell’Unione Europea: la complementarità tra public e private enforcement*, in G.A. Bennacchio & M. Carpagnano (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell’Unione Europea*, Atti del VI convegno biennale antitrust di Trento-6-8aprile 2017, Editoriale Scientifica, 2018, 40 e 41
- F. Cintoli, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, «Diritto processuale amministrativo», 2/2015, pp. 507 ss.
- M. Capecchi, *Dalla perdita di chance alla responsabilità proporzionale*, «Contratto e impresa», 2021, pp. 23 ss
- G. Chinè, M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Roma, NelDiritto editore, 2016
- F. Cintoli, *Giusto processo, Cedu e sanzioni antitrust*, «Diritto processuale amministrativo», 2015, pp. 507 ss.

- D. Crane e H. Hovenkamp, *The making of competition policy: legal and economics sources*, Oxford, «Oxford university press», 2013, p. 78
- D. D'Alberti, *Società-Tutele "multilivello" e l'effettività dei rimedi per gli utenti online*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 5, 1 settembre 2021, p. 1079
- M. Delsignore, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni AGCM: molto rumore per nulla?*, «Diritto processuale amministrativo», 3/2020
- F. Goisis, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento AGCM: profili sostanziali e processuali*, «Diritto processuale amministrativo», 1/2018
- M. Franzoni, *La responsabilità sanitaria come perdita di chance?*, «Danno e responsabilità», 5/2021, pp. 605 ss
- M. Libertini, *Gli effetti delle intese restrittive sui c.d. contratti a "valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2, 1 marzo 2020, p. 378
- M. Libertini, *La legislazione antitrust negli Stati Uniti: lo "sherman act" come momento di rinascita della repressione penale dei monopoli, ma con nuove finalità di difesa di mercato pluralistico contro il prepotere delle grandi imprese. L'evoluzione del diritto antitrust americano: l'affermazione di un controllo amministrativo parallelo e i cicli di attivismo e allentamento delle norme repressive. La mancanza di una nozione costante e condivisa di concorrenza come bene giuridicamente tutelato*, «Concorrenza» (Annali III, 2010)
- M. Libertini, [Il ruolo necessariamente complementare di "private" e "public enforcement" in materia di antitrust](#), in M. Maugeri A. Zoppini (a cura di), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, il Mulino, 2010
- M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, «Contratto e Impresa», 4/2019, p. 1255.
- C. Lo Surdo, *La recente pronuncia delle Sezioni Unite sulla nullità parziale dei contratti di fideiussione omnibus a valle di un'intesa anticoncorrenziale. Alcuni spunti di riflessione su private e public enforcement antitrust*, «Osservatorio del diritto civile e commerciale», fascicolo n. 1, gennaio 2022
- A. Maltoni, *La Corte di Giustizia ascrive gli illeciti antitrust nella categoria dei gravi illeciti professionali nonostante le ritrosie manifestate da una parte della giurisprudenza amministrativa*, «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», n.6/2019
- G. Massarotto, *Le decisioni antitrust negoziate negli Stati Uniti e in europa*, «Concorrenza e mercato», 1/2018
- F. Mastropaolo, (voce) *Danno, III, Risarcimento del danno*, «Enciclopedia giuridica Treccani», Roma, 1989, X, p. 12

- A. Montanari, *Per una riconsiderazione del risarcimento del danno da perdita di chance*, «Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente», 7/2009, p. 1 ss
- G. Muscolo, *Il nuovo assetto istituzionale del private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: la cooperazione tra public e private enforcement*, in G.A. Bennacchio & M. Carpagnano (a cura di), *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione Europea*, Atti del VI convegno biennale antitrust di Trento-6-8 aprile 2017, «Editoriale Scientifica», 2018
- G. Paramithiotti, *L'evoluzione del concetto di concorrenza nella scienza economica*, «Politico», vol. 59, 1994 (gennaio-marzo), p. 38: <https://www.jstor.org/stable/43101469?seq=2>
- G. Parodi, *Il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'AGCM*, «Lo stato», 17, luglio-dicembre 2021, p. 97 ss
- C. Pessani, *Inadempimento dell'obbligo di OPA e risarcimento del danno: il caso Fondiaria –Sai approda in Cassazione*, «Giurisprudenza commentata», 2013, p. 793
- A. Piletta Massaro, *Diritto della concorrenza-giurisdizione e passing-on nel private antitrust enforcement: la decisione della CGUE*, «Giurisprudenza Italiana», 5, 1 maggio 2020, p. 1130
- A. Piletta Massaro, *Diritto della Concorrenza-Private enforcement-Private antitrust enforcement e legittimazione ad agire degli enti*, «Giurisprudenza italiana», 12, 1 dicembre 2020, p. 2693
- A. Piletta Massaro, *Diritto della concorrenza- Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione*, «Giurisprudenza Italiana», 1, 1 gennaio 2021, p. 98
- F. Porcu, *Sequestro probatorio e segreto giornalistico: crocevia fra processo penale e informazione*, «Diritto penale e processo», 5/2015
- B. Rabai, *La conclusione del procedimento sanzionatorio antitrust mediante accettazione di impegni. Considerazioni sul rapporto tra public e private enforcement*, «Diritto amministrativo», 1/2018
- S. Rodotà *Una Costituzione per internet?*, «Politica del diritto», 3/2010
- R. Rolli, *Risarcimento del danno da perdita di chance- Private enforcement per mancata OPA e risarcimento del danno da perdita di chance*, «Giurisprudenza italiana», 5, 1 maggio 2019, p. 1029
- M.A. Sandulli, *I criteri per l'applicazione e la determinazione delle sanzioni antitrust*, «Federalismi.it», 21/2010
- M. Siragusa, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, «Concorrenza e mercato», 2014, pp. 297 ss

- R. Sparano, E. Adducci, *Introduzione al diritto della concorrenza*, «Altalex», 2008, <https://www.altalex.com/documents/news/2008/02/12/introduzione-al-diritto-della-concorrenza>
- B. Tassone, *Perdita di chances e nesso causale nel caso Cir-Fininvest*, «Danno e responsabilità», 2011, p.1067
- D. Trevisan, *Danno da mancato lancio di OPA: le questioni ormai risolte e i problemi ancora aperti*, «Responsabilità civile e previdenza», 2/2014, p. 561

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato:

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2023 n. 1947
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2023 n. 1944
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 febbraio 2023, n. 1760
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2023, n. 1159
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2122
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 marzo 2023, n. 2118
- Consiglio di Stato, Sez. VI, del 27 gennaio 2023, n. 941
- Consiglio di Stato, Sez. VI, del 20 gennaio 2023, n. 691
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 gennaio 2023, n. 417
- Consiglio di Stato, Sez. V, 29 novembre 2022, n. 10467
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2022 n. 3570
- Consiglio di Stato, Sez. III, 21 gennaio 2022 n. 424
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2020, n. 987
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 879
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 luglio 2019, n. 4990
- Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 11 maggio 2018, n. 7
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 novembre 2017, n. 4458
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 marzo 2016, n. 1164
- Consiglio di Stato, sez. VI, 2 luglio 2015 n. 3291
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596
- Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2246
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199

Corte di Cassazione:

- Corte di Cassazione civile, Sez. I, Ordinanza del 20 gennaio 2023, n. 1816
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 19 ottobre 2022, n. 30783
- Corte di Cassazione civile, Sezioni unite, ordinanza 5 maggio 2022 n. 14283
- Corte di Cassazione civile, Sez. II, 28 aprile 2022, n. 13345
- Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 31 dicembre 2021 n. 41994
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 3 aprile 2020 n. 7677

- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 27 febbraio 2020, n. 5381
- Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 7 maggio 2019 n. 11929
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 22 maggio 2019 n. 13846
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 25 luglio 2018 n. 19741
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, ordinanza 12 dicembre 2017, n. 29810
- Corte di Cassazione civile, Sez. II, 13 gennaio 2017 n. 770
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 26 settembre 2013 n. 22099
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 10 maggio 2013, n. 11119
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 10 agosto 2012 n. 14400
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 26 giugno 2011, n. 13486
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211
- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640
- Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 18 novembre 2008, n. 27337
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 16 ottobre 2007 n. 21619
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305
- Corte di Cassazione Civile, Sezioni Unite, sentenza 24 maggio 2005 n. 8882
- Corte di Cassazione civile, Sezioni Unite, 4 febbraio 2005, n. 2207
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 11 dicembre 2003 n. 18945
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 11 giugno 2003 n. 9384;
- Corte di Cassazione civile, Sez. III, 2001, nn. 5941 e 5942
- Corte di Cassazione civile, Sez. lavoro, 13 dicembre 1969, n. 3958

Corte costituzionale:

- Corte costituzionale, 2013, n. 20, G. U. 20 febbraio 2013, n. 8
- Corte Costituzionale, 2019, n. 13, G. U. 6 febbraio 2019, n. 6

Corte Europea dei Diritti dell’Uomo:

- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Grande Chambre*, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, *Grande Chambre*, 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, seconda sezione, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia
- Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, seconda sezione, 27 settembre 201, Menarini Diagnostic c. Repubblica italiana

Corte di giustizia dell’Unione Europea:

- CGUE, seconda sezione, 16 febbraio 2023, ECLI:EU:C:2023:99, procedimento C-312/21
- CGUE, grande sezione, 31 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:58, procedimento C-284/21
- CGUE, terza sezione, 12 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:12, procedimento C-42/21
- CGUE, grande sezione, 12 gennaio 2023, ECLI:EU:C:2023:1, procedimenti riuniti C-702/20 e C-17/21
- CGUE, seconda sezione, 17 novembre 2022, ECLI:EU:C:2022:886, procedimenti riuniti C-331/20 e C-343/20
- CGUE, quarta sezione, 15 settembre 2022, ECLI:EU:C:2022:689, procedimento C- 416/21
- CGUE, quinta sezione, 27 gennaio 2022, ECLI:EU:C:2022:58, procedimento C-179/20

- CGUE, seconda sezione, 11 novembre 2021, ECLI:EU:C:2021:905, procedimento C-933/19
 - CGUE, seconda sezione, 4 marzo 2020, ECLI:EU:C:2020:148, procedimento C-34/19
 - CGUE, quinta sezione, 12 dicembre 2019, ECLI:EU:C:2019:1069, procedimento C-435/18
 - CGUE, nona sezione, ordinanza 4 giugno 2019, ECLI:EU:C:2019:476, procedimento C-425/18
 - CGUE, seconda sezione, 28 marzo 2019, ECLI:EU:C:2019:263, procedimento C-637/17
 - CGUE, terza sezione, 23 novembre 2017, ECLI:EU:C:2017:891, procedimento C-547/16
 - CGUE, prima sezione, 26 gennaio 2017, ECLI:EU:C:2017:50, procedimento C-619/13
 - CGUE, decima sezione, 18 dicembre 2014, ECLI:EU:C:2014:2469, nel procedimento C-470/13
 - CGUE, quinta sezione, 5 giugno 2014, ECLI:EU:C:2014:1317, procedimento C-557/12
 - CGUE, Grande sezione, 8 aprile 2014, ECLI:EU:C:2014:237, procedimento C-288/12
 - CGUE, quinta sezione, 18 luglio 2013, ECLI:EU:C:2013:522, procedimento C-501/11
 - CGUE, terza sezione, 13 dicembre 2012, ECLI:EU:C:2012:801, procedimento C-465/11
 - CGUE, Grande Sezione, sentenza 6 novembre 2012, ECLI:EU:C:2012:684, procedimento C-199/11
 - CGUE, Grande sezione, 16 ottobre 2012, ECLI:EU:C:2012:631, procedimento C-614/10
 - CGUE, seconda sezione, 8 dicembre 2011, ECLI:EU:C:2011:815, procedimento C-386/10
 - CGUE, grande sezione, 29 giugno 2010, ECLI:EU:C:2010:377, procedimento C-441/10
 - CGUE, quinta sezione, 11 giugno 2009, ECLI:EU:C:2009:359, procedimento C-429/07
 - CGUE, prima sezione, 19 marzo 2009, ECLI:EU:C:2009:166, procedimento C-510/06
 - CGUE, terza sezione, 13 luglio 2006, ECLI:EU:C:2006:461, sulle cause riunite da C-295/04 a C-298/04
 - CGUE, seconda sezione, 23 marzo 2006, ECLI:EU:C:2006:197, procedimento C-237/04,
 - CGUE, quinta sezione, 7 gennaio 2004, ECLI:EU:C:2004:6, procedimenti riuniti C-204/00, C-205/00, C-211/00, C-231/00, C-217/00, C-219/00
 - CGUE, 20 settembre 2001, ECLI:EU:C:2001:465, procedimento C-453/99
 - CGUE, sesta sezione, 18 marzo 1997, ECLI:EU:C:1997:280, procedimento C-285/95
 - CGUE, 19 giugno 1990, procedimento C-213/89
 - CGUE, 21 marzo 1990, ECLI:EU:C:1990:125, procedimento C-142/87
 - CGUE, 9 marzo 1978, procedimento C-107/77
 - CGUE, 30 gennaio 1974, ECLI:EU:C:1974:25, procedimento C-127/73
 - CGUE, 4 dicembre 1974, procedimento C-41/74
 - CGUE, 7 febbraio 1973, procedimento C-39/72
 - CGUE, 5 febbraio 1963, procedimento C-26/62
-
- Tribunale dell'Unione Europea, Grande Sezione, 27 luglio 2022, procedimento T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483
 - Tribunale dell'Unione Europea, terza sezione ampliata, 28 marzo 2019, ECLI:EU:T:2019:201, procedimento T-433/16
 - Tribunale dell'Unione Europea, ottava sezione, 9 dicembre 2014 ECLI:EU:T:2014:1035, procedimento T-90/10
 - Tribunale dell'Unione Europea, terza sezione ampliata, 8 luglio 2008, ECLI:EU:C:2008:256, procedimento T-99/04

Pronunce Giudice ordinario di merito:

- Tribunale di Roma, sezione speciale in materia di imprese, 3 marzo 2023 n. 3552

- Tribunale di Napoli, sezione speciale in materia di imprese, 16 gennaio 2023 n. 469
- Tribunale di Roma, Sez. XVII, 4 febbraio 2022 n. 1803
- Tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di imprese, 30 maggio 2022, n. 4790
- Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di imprese, 27 ottobre 2021, n. 16818.
- Tribunale di Roma, sezione specializzata in materia di imprese, 11 giugno 2021, n. 10298
- Corte di Appello di Bari, Sez. II, 15 gennaio 2020, n. 45

Tribunali Amministrativi Regionali:

- T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 11 maggio 2022, n. 165
- T.A.R. Calabria, Catanzaro, 7 maggio 2021, n. 454
- T.A.R. Emilia Romagna, Ravenna, 22 luglio 2019, n. 758
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 29 marzo 2010 n. 4931
- T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 7 marzo 2006, n. 1713

NORMATIVA

Decreti legge:

- D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento di conti pubblici

Decreti legislativi:

- D.lgs. 8 novembre 2021 n. 185, attuazione della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno
- D.lgs. 19 gennaio 2017 n. 3, attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione Europea
- D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, codice dei contratti pubblici
- D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, attuazione dell'art. 44 della L. 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo
- D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE
- D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, codice del consumo a norma dell'art. 7 della L. 29 luglio 2003, n. 229
- D.lgs. 27 giugno 2003 n. 168, istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale presso tribunali e corti d'appello, a norma dell'art 16 della legge 12 dicembre 2002 n. 273
- D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58, testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della L. 6 febbraio 1996, n. 52

Delibere e Linee Guida delle Autorità Amministrative Indipendenti:

- AGCM delibera 22 ottobre 2014 n. 25152 (Linee guida 2014)
- AGCM, delibera 6 settembre 2012 n. 23863
- ANAC, Linee Guida n. 6, Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016

Leggi:

- L. 22 dicembre 2011, n. 214, conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici
- L. 10 ottobre 1990 n. 287, norme per la tutela della concorrenza e del mercato
- L. 7 giugno 1974 n. 216, conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 8 aprile 1974, n. 95, recante disposizioni relative al mercato mobiliare ed al trattamento fiscale dei titoli azionari.

Atti normativi dell'Unione Europea:

- Comunicazione della Commissione europea, 16 dicembre 2021, 2021/C 508/01, orientamenti sugli aiuti di Stato destinati a promuovere gli investimenti per il finanziamento del rischio
- Comunicazione della Commissione C(2021) 8481 final, 25 novembre 2021
- Comunicazione della Commissione, COM(2020) 67 final, 19 febbraio 2020, al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo, al Comitato delle regioni, *plasmare il futuro digitale dell'Europa*
- Comunicazione della Commissione, 2019/ C 267/07, *Linee guida per i giudici nazionali in ordine alle modalità di stima della parte del sovrapprezzo trasferita all'acquirente indiretto*
- Relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, del 28 giugno 2012: COM (2012) 347 final
- Comunicazione della Commissione, COM (2017) 142, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e assicura il corretto funzionamento del mercato interno
- Comunicazione della Commissione europea, 30 agosto 2014, 2014/C-291/01, comunicazione relativa agli accordi di importanza minore che non determinino restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 101, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea («comunicazione de minimis»)
- Comunicazione della Commissione, 9 dicembre 1997, 97/C 372/03, sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza
- COM(2020) 842 final, 15 dicembre 2020, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali)
- Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018, n. 1/2019, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il funzionamento del mercato interno
- Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 n. 24, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (Testo rilevante ai fini SEE)

- Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 dicembre 2014 n. 104, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea
- Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 settembre 2022, n. 1925, relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale che modifica le direttive 2019/1937/UE e 2020/1828/UE (regolamento sui mercati digitali)
- Risoluzione del Parlamento Europeo del 20 gennaio 2021, 2021/C 456/01, mandato d'arresto europeo e procedure di consegna agli Stati membri
- Regolamento del Parlamento europeo e del consiglio del 20 giugno 2019 n. 1150, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali di servizi di intermediazione online
- Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017, n. 2394 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento 2006/2004/CE
- Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017, n. 1128 (UE), relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno
- Regolamento 2003/1/CE del consiglio, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del trattato (testo rilevante ai fini SEE).
- Regolamento del Consiglio 2015/1589/UE del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'art 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (codificazione)
- Regolamento del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 101 e 102 TFUE (prima artt. 81 e 82 TCE)

SITOGRAFIA

- Treccani online: <https://www.treccani.it/enciclopedia/concorrenza-diritto-commerciale> (ultima consultazione 23 maggio 2023)
- Treccani online [https://www.treccani.it/enciclopedia/organizzazione-mondiale-del-commercio/#:~:text=Pierangelo%20Soldavini%20La%20WTO%20\(World,nazionali%20e%20la%20progressiva%20...](https://www.treccani.it/enciclopedia/organizzazione-mondiale-del-commercio/#:~:text=Pierangelo%20Soldavini%20La%20WTO%20(World,nazionali%20e%20la%20progressiva%20...) (ultima consultazione 22 maggio 2023)

DISINFORMAZIONE

BIBLIOGRAFIA

- Ansa, *Primo via libera del Parlamento alle regole per l'intelligenza artificiale. No al riconoscimento facciale nei luoghi pubblici*, 11 maggio 2023, https://www.ansa.it/europa/notizie/europarlamento/news/2023/05/11/primo-via-libera-del-parlamento-alle-regole-per-lintelligenza-artificiale_4083a27c-0ad8-4e81-9790-24639cdadcb6.html (ultima consultazione 23 maggio 2023)
- A. Bellan, *Per una reasonable liability: critiche alla responsabilità oggettiva dei provider e tutela dei diritti su internet - il commento*», «Il diritto industriale», 3, 1 maggio 2012
- L. Bertuzzi, *MEPs seal the deal on Artificial Intelligence Act*, «[EURACTIVE.com](https://www.euractiv.com)», 27 aprile 2023
- L. Bertuzzi, *EU lawmakers set to settle on OECD definition for artificial intelligence*, «[EURACTIVE.com](https://www.euractiv.com)», 7 marzo 2023
- L. Bertuzzi, *AI Act moves ahead in EU Parliament with key committee vote*, «[EURACTIVE.com](https://www.euractiv.com)», 11 maggio 2023
- S. Braschi, *Il nuovo Regolamento europeo sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli internet service provider?*, «Diritto penale e processo», 3, 1 marzo 2023
- J. Brewster, L. Arvanitis, M. Sadeghi, *ChatGPT potrebbe portare la diffusione di disinformazione a livelli mai visti prima*, «la Repubblica», 23 gennaio 2023, https://www.repubblica.it/tecnologia/2023/01/23/news/chatgpt_potrebbe_portare_la_diffusione_di_disinformazione_a_livelli_mai_visti_prima-384377276/ (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- J. Brewster, L. Arvanitis, M. Sadeghi *GPT-4 produce più fake news e le rende più credibili*, «la Repubblica», 21 marzo 2023, https://www.repubblica.it/tecnologia/2023/03/21/news/nonostante_le_promesse_di_openai_il_nuovo_modello_basato_sullintelligenza_artificiale_produce_disinformazione_piu_di_fre-393127598/ (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- E. Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Vizi e virtù di un modello istituzionale*, «Analisi economica del diritto», 1/2020, pp. 51-74
- Commissione per i diritti e i doveri relativi a internet, *Dichiarazione dei diritti di internet*, 14 luglio 2015
- A. D'Aloia, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza artificiale*, nel vol. *Intelligenza artificiale e diritto: come affrontare un mondo nuovo*, Milano, FrancoAngeli, 2020
- G. Finocchiaro, *La proposta di regolamento sull'intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», n. 2/2022

- T. E. Frosini, *L'orizzonte giuridico dell'intelligenza artificiale*, «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 1/2022
- M. Galimberti, *La disinformazione: profili regolatori e policy*, «Diritto penale contemporaneo», 4/2021, pp. 251 ss.
- F. Galli, *La pubblicità mirata al tempo dell'intelligenza artificiale: quali regole a tutela dei consumatori?*, «Contratto e impresa», 3/2022
- G. Gardini, *Le regole dell'informazione*, Giappichelli, 2021
- G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativa?*, «Giornale di diritto amministrativo», nn. 8-9/2014, p. 875
- Il Messaggero, *ChatGPT torna online, "Welcome back Italy". Trovato l'accordo con il Garante della Privacy, ecco cosa cambia*, 28 aprile 2023 (aggiornato 29 aprile, ore 11:40), https://www.ilmessaggero.it/tecnologia/news/chatgpt_italia_ritorno_cosa_e_successo-7371381.html
- (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- Il sole 24 ore, *Intelligenza artificiale, il Garante della privacy blocca ChatGPT*, <https://www.ilsole24ore.com/art/intelligenza-artificiale-garante-privacy-blocca-chatgpt-AEWiS9BD> (ultima consultazione 22 maggio 2023)
- V. Nardi, *La punibilità dell'istigazione nel contrasto al terrorismo internazionale*, «Diritto penale contemporaneo», 1/2017
- F. Piraino, *La responsabilità dei prestatori di servizi di condivisione di contenuti online*, «Le nuove leggi civili commentate», 1, 1 gennaio 2023
- G. Ponzanelli, *Verso un diritto uniforme per la responsabilità degli internet service provider?*, «Danno e responsabilità», 1/2002
- G. Resta, *cosa c'è di "Europeo" nella proposta di regolamento UE sull'intelligenza artificiale*, «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2/2022, p. 323-342
- G. Riva, *Fake news*, Il Mulino, 2018
- A. Rociola, *L'appello di Musk e mille esperti: "Stop allo sviluppo di ChatGpt, richiamo sconvolgimenti epocali"*, «la Repubblica», 29 marzo 2023, https://www.repubblica.it/tecnologia/2023/03/29/news/musk_stop_sviluppo_chatgpt_rischi_umanita-394154071/
- S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Editori Laterza GLF, Bari, 2014
- C. Signoretta, *La responsabilità civile degli intermediari in internet*, «Danno e responsabilità», 1, 1 gennaio 2023
- C. Valditara, *Fake news: regolamentazione e rimedi*, «Il diritto dell'informazione e dell'informatica», 2/2021

- C. Wardle e H. Derakhshan: “information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making”, published by the Council of Europe, 27 settembre 2017
- <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>
- V. Zeno-Zenovich, *La disciplina della comunicazione in base al suo contenuto. Una proposta di inquadramento sistematico*, «Il diritto dell’informazione e dell’informatica», 3/2020

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato:

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 settembre 2022, n. 7049
- Consiglio di Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045

Corte di Cassazione:

- Corte di Cassazione civile, Sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708

Corte Costituzionale:

- Corte Costituzionale, 2023, n. 2, G. U. 18 gennaio 2023, n. 3
- Corte costituzionale, 2021, n. 150, G. U. 14 luglio 2021, n. 28
- Corte Costituzionale, ordinanza 2020, n. 132, G. U. 1 luglio 2020, n. 27
- Corte Costituzionale, 2019, n. 206, G. U. 31 luglio 2019, n. 31
- Corte Costituzionale, 2018, n. 5, G. U. 24 gennaio 2018, n. 4
- Corte Costituzionale, 2017, n. 122, G. U. 31 maggio 2017, n. 22
- Corte Costituzionale, 2017, n. 69, G. U. 12 aprile 2017, n. 15
- Corte Costituzionale, 2012, n. 107, G. U. 2 maggio 2012, n. 18
- Corte Costituzionale, 2009, n. 69, G. U. 18 marzo 2009, n. 11
- Corte Costituzionale, 2005, n. 151, G. U. 20 aprile 2005, n. 16
- Corte Costituzionale, 2-15 ottobre 2003, n.312, G. U. 22 ottobre 2003, n. 42
- Corte Costituzionale, 20 novembre 2002 n. 466, G. U. 27 novembre 2002, n. 47
- Corte Costituzionale, 5-12 febbraio 1996, n. 29, G. U. 21 febbraio 1996, n. 8
- Corte Costituzionale, 5-7 dicembre 1994, n. 470, G. U. 4 gennaio 1995, n. 1
- Corte Costituzionale, 24-26 marzo 1993, n. 112, G. U. 31 marzo 1993, n. 14
- Corte Costituzionale, 11-20 luglio 1990, n. 348, G. U. 1 agosto 1990, n. 31
- Corte Costituzionale, 27 gennaio-2 febbraio 1988, n. 126, G. U. 17 febbraio 1988, n. 7
- Corte Costituzionale, 21-25 maggio 1987, n. 196, G. U. 17 giugno 1987, n. 25
- Corte Costituzionale, 29 aprile 1985, n. 126, G. U. 8 maggio 1985, n. 107 *bis*
- Corte Costituzionale, 14 luglio 1981, n. 148, G. U. 29 luglio 1981, n. 207
- Corte Costituzionale, 5 luglio 1971, n. 168, G. U. 14 luglio 1971, n. 177
- Corte Costituzionale, 27 gennaio 1972, n. 12, G. U. 9 febbraio 1972, n. 37
- Corte Costituzionale, 2 aprile 1969, n. 84, G. U. 23 aprile 1969, n. 105.
- Corte Costituzionale, 4 febbraio 1965, n. 9, G. U. 27 febbraio 1965, n. 52

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo:

- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, quinta sezione, 2 settembre 2021, Sanchez vs. France
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, prima sezione, 10 dicembre 2020, Causa Edizioni del Roma società cooperativa a r.l. e Edizioni del Roma s.r.l. c. Italia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, terza sezione, 23 giugno 2020, Vladimir Kharitonov c. Russia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, prima sezione, 7 marzo 2019, Sallusti c. Italia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, prima sezione, 14 gennaio 2016, D.A e altri c. Italia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 1 dicembre 2015, Cengiz e a. c. Turchia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 24 settembre 2013 Belpietro c. Italia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 22 gennaio 2013, Lombardo c. Italia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 18 dicembre 2012, Ahmet Yildirim c. Turchia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, seconda sezione, 18 dicembre 2012, De Gregorio c. Italia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, prima sezione, 6 dicembre 2007, Katrami c. Grecia
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, grande camera, 17 dicembre 2004 Cumpănă e Mazăre c. Romania
- Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 27 marzo 1996, Goodwin contro Regno Unito

Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

- CGUE, Grande sezione, 26 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:297, procedimento C-401/19
- CGUE, Grande sezione, 22 giugno 2021, ECLI:EU:C:2021:503, procedimenti riuniti C-682/18 e C-683/18
- CGUE, Grande sezione, 12 luglio 2011, ECLI:EU:C:2011:474, procedimento C-324/09
- Conclusioni, Avvocato Generale G. Pitruzzella, 7 aprile 2022, ECLI:EU:C:2022:271, C-460/20
- Tribunale dell'Unione Europea, Grande Sezione, 27 luglio 2022, ECLI:EU:T:2022:483, procedimento T-125/22

Pronunce del Giudice ordinario di merito:

- Tribunale di Varese, sez. I, 2 agosto 2022 n. 1181

NORMATIVA

Decreti legislativi:

- D.lgs. 8 novembre 2021, n. 208, attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018 recante modifica della direttiva 2010/13/UE relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione della realtà del mercato

- D.lgs. 8 novembre 2021, n. 207, attuazione della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche
- D.lgs. 1 agosto 2018, n. 101, disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 01/2018, del Parlamento europeo e del Consiglio, 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)
- D.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico
- D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259, codice delle comunicazioni elettroniche

Leggi:

- L. 31 luglio 1997, n. 249, istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo
- L. 14 novembre 1995, n. 481, norme per la Concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità
- L. 6 agosto 1990, n. 223, disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato
- L. 21 giugno 1986, n. 317, disposizioni di attuazione di disciplina europea in materia di normazione europea e procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione
- L. 3 febbraio 1963 n. 69, ordinamento della professione di giornalista
- L. 8 febbraio 1948, n. 47, disposizioni sulla stampa
- Proposta di legge Costituzionale, 13 ottobre 2022, n. 327, modifica all'art. 21 della Costituzione in materia di riconoscimento del diritto di accesso alla rete internet
- Proposta di legge Costituzionale, 5 novembre 2020, n. 2769, modifica all'art. 21 della Costituzione in materia di riconoscimento del diritto di accesso alla rete internet

Atti normativi dell'Unione europea:

- Comunicazione della Commissione europea, *orientamenti sul rafforzamento del codice di buone pratiche sulla disinformazione*, COM(2021)262 final
- Comunicazione della Commissione, COM(2021) 206 final, proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del consiglio del 21 aprile 2021, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione
- Comunicazione della Commissione del 18 settembre 2017, COM(2017) 555 final
- Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 giugno 2017, n. 1128 (UE), relativo alla portabilità transfrontaliera di servizi di contenuti online nel mercato interno
- Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 25 novembre 2020 n. 1828, relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE

- Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 settembre 2015 n. 1535, che prevede una procedura d'informazione nel settore delle regolamentazioni tecniche e delle regole relative ai servizi della società dell'informazione
- Direttiva del Parlamento Europeo e del consiglio n. 2000/31/CE, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (“direttiva sul commercio elettronico”)
- Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, n. 2065, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)
- Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022, n. 1925, relativo ai mercati equi e contendibili nel settore digitale (legge sui mercati digitali).
- Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2017, n. 2394 sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento 2006/2004/CE
- Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati)

BIBLIOGRAFIA GENERALE

- C. Darwin, *L'origine della specie*, 1859
- G. W. F. Hegel, *Fenomenologia dello Spirito*, 1807
- I. Kant, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, 1784
- Publio Terenzio Afro, *Heautontimorumenos* (Ἐαυτὸν τιμωροῦμενος): “Homo sum, humani nihil a me alienum puto”

GIURISPRUDENZA GENERALE

Consiglio di Stato:

- Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2022, n. 1860
- Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 giugno 2020, n. 3922
- Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 maggio 2016, n. 2182
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 744
- Consiglio di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532

Corte Costituzionale:

- Corte Costituzionale, 2017, n. 69, G. U. 12 aprile 2017, n. 15

Tribunali Amministrativi Regionali:

- T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18
- T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 13 agosto 2015 n. 1895

SITOGRAFIA GENERALE

- Treccani online: “Pubblica amministrazione in Italia”:
https://www.treccani.it/enciclopedia/pubblica-amministrazione-in-italia_%28XXI-Secolo%29/#:~:text=I%20ministeri%2C%20pur%20essendo%20meri,in%20settori%20di%20intervento%20omogenei (ultima consultazione 22 maggio 2023)

RINGRAZIAMENTI

Per concludere, desidero ringraziare tutte le persone senza le quali non sarei qui e questa tesi non esisterebbe.

Ringrazio sentitamente il mio Relatore, Chiar.mo Prof. Bernardo Giorgio Mattarella, che è stato per me di continua ispirazione, la migliore guida che potessi trovare nella stesura della tesi e che ha reso lo studio della materia un piacere e una passione per me.

Ringrazio immensamente i miei genitori, senza i quali nulla di tutto questo sarebbe stato possibile. Sono loro ad aver dato impulso a tutto. Mi hanno presa per mano e hanno reso possibile una vita meravigliosa, mi hanno stimolato, ispirato, supportato, dato fiducia e soprattutto, mi hanno sempre fatto sentire amata sopra ogni cosa.

Ringrazio Chiara, mia sorella, per le risate e le lacrime vissute insieme, per la complicità e la forza che il nostro rapporto mi ha sempre infuso, per la sua innata capacità

Ringrazio Giuseppe per avermi sopportato e sostenuto quotidianamente, per aver creduto in me anche quando vacillavo, per avermi spinto a superare i miei limiti, per essere ciò che è per me ogni giorno.

Ringrazio Rebecca, Cristina, Alessia, Arianna e Paola, da sempre al mio fianco sempre e comunque, capaci di ascoltarmi, consigliarmi, consolarmi e incoraggiarmi e, anche se a volte fisicamente distanti, in grado di essermi sempre vicine.

Ringrazio Viola ed Elide, per essere state le migliori compagne che potessi incontrare in questo bellissimo percorso universitario.

Ringrazio i miei zii, Mariangela e Antonio, e i miei cugini, Salvatore e Mariafrancesca, che sono da sempre parte del mio percorso di crescita e mi hanno amorevolmente accompagnata in ogni scelta della mia vita.