

Direttore scientifico

Giuseppe Cassano

Comitato scientifico

Michele Ainis
Maria A. Astone
Alberto M. Benedetti
Giovanni Bruno
Alberto Cadoppi
Michele Caianiello
Stefano Canestrari
Giovanni Capo
Andrea Carinci
Antonio Catricalà
Sergio Chiarloni
Renato Clarizia
Alfonso Celotto
Giovanni Comandè
Claudio Consolo
Giuseppe Corasaniti
Pasquale Costanzo
Enrico Del Prato
Astolfo Di Amato
Ugo Draetta
Francesco Di Ciommo
Giovanni Duni
Valeria Falce
Francesco Fimmanò
Giusella Finocchiaro
Carlo Focarelli
Giorgio Floridia
Vincenzo Franceschelli
Massimo Franzoni
Tommaso E. Frosini
Cesare Galli
Alberto M. Gambino
Lucilla Gatt
Aurelio Gentili
Mitja Gialuz
Andrea Guaccero
Bruno Inzitari
Luigi Kalb
Luca Lupària
Vittorio Manes
Adelmo Manna
Arturo Maresca
Ludovico Mazzaroli
Raffaella Messinetti
Pier Giuseppe Monateri
Mario Morcellini
Nicola Palazzolo
Giovanni Pascuzzi
Roberto Pessi
Lorenzo Picotti
Nicola Pisani
Francesco Pizzetti
Dianora Poletti
Giovanni Sartor
Filippo Satta
Paola Severino
Pietro Sirena
Antonello Soro
Giorgio Spangher
Paolo Stella Richter
Luigi Carlo Ubertazzi
Romano Vaccarella
Daniela Valentino
Giovanni Ziccardi
Andrea Zoppini

Diritto di **INTERNET**

Digital Copyright e Data Protection

RIVISTA TRIMESTRALE

2021

- **Informazione politica ed esigenze di regolazione del Web**
- **Pubblico e privato dei media-social-network**
- **Il peer to peer lending**
- **Contenzioso tra il Bundeskartellamt tedesco e Facebook in tema di abuso di posizione dominante**
- **La notifica a mezzo pec della cartella**
- **Responsabilità del gestore del servizio di pagamento con strumenti elettronici**
- **La qualificazione del rapporto di lavoro svolto tramite piattaforma digitale**
- **Provvedimenti Agcom e lesione del diritto all'immagine**
- **Regime per le comunicazioni tra persone all'estero intercettate da captatore informatico**
- **Offerte di cryptoattività e abusivismo finanziario**
- **Registrazioni ad opera di uno degli interlocutori**
- **Sulla rilevanza scriminante della difesa da "pericolo informatico" (il caso del vip in atteggiamenti intimi)**
- **Emergenza Covid-19: il termine "non perentorio" nel processo amministrativo**
- **Profilazione e privacy: un confronto fra i modelli Google, Amazon e Facebook**

SOMMARIO

■ SAGGI

PLURALISMO DELL'INFORMAZIONE POLITICA SUI MEDIA. CRITICITÀ ED ESIGENZE DI REGOLAZIONE DEL WEB <i>di Brunella Bruno</i>	3
PUBBLICO E PRIVATO DEI <i>MEDIA-SOCIAL-NETWORK</i> . UN BREVE PROMEMORIA SULLE RESPONSABILITÀ <i>di Enzo Maria Tripodi</i>	11
FINANZIAMENTO TRA "PRIVATI" SU PIATTAFORME WEB: IL <i>PEER TO PEER LENDING</i> <i>di Giuseppe Cassano e Stefano Chiodi</i>	27
LA DIGITALIZZAZIONE E IL CONTRADDITTORIO CARTOLARE COATTO NEL PROCESSO TRIBUTARIO <i>di Daniela Mendola</i>	39

■ GIURISPRUDENZA

EUROPEA

LA TUTELA DELLA PRIVACY DEL DOMICILIO INFORMATICO E IL DIRITTO D'AUTORE: UN DIFFICILE BILANCIAMENTO <i>Corte di Giustizia dell'Unione Europea; quinta sezione; sentenza 9 luglio 2020, causa C-264/19</i> <i>commento di Alfonso Contaldo</i>	49 54
---	----------

COMPARATA

"I VESTITI NUOVI DELL'IMPERATORE": IL CONTENZIOSO TRA IL BUNDESKARTELLAMT TEDESCO E FACEBOOK IN TEMA DI ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE ALLA LUCE DEL PROGRESSIVO SNATURARSI DEL DIRITTO ANTITRUST <i>Bundesgerichtshof; decisione del 23 giugno 2020</i> <i>Olg Düsseldorf; decisione del 26 agosto 2019</i> <i>Bundeskartellamt; decisione del 6 febbraio 2019</i> <i>commento di Antonio Davola</i>	61 61
---	----------

CIVILE

LA NOTIFICA A MEZZO PEC DELLA CARTELLA: UN PROBLEMA ANCORA IN CERCA DI UNA SOLUZIONE <i>Corte di Cassazione; sezione VI civile; ordinanza 27 novembre 2020, n. 27181</i> <i>commento di Andrea Carinci</i>	73 74
L'INVARIANZA DELLA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE O DA ATTIVITÀ PERICOLOSA DEL GESTORE DEL SERVIZIO DI PAGAMENTO CON STRUMENTI ELETTRONICI <i>Corte di Cassazione; sezione VI civile; ordinanza 26 novembre 2020, n. 26916</i> <i>commento di Mariangela Ferrari</i>	79 81
L'ESPERIBILITÀ DEL RIMEDIO EX ART. 700 C.P.C. A SEGUITO DELLA DISATTIVAZIONE DELL'ACCOUNT SU FACEBOOK: L'ULTIMO EPISODIO DELLA SAGA CHIUDE (MA NON DEL TUTTO) LE PORTE ALLA CONCESSIONE DELLA TUTELA D'URGENZA <i>Tribunale di Trieste; sezione civile; ordinanza 27 novembre 2020, n. 2032</i> <i>commento di Pasquale Mazza</i>	93 97
LA QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO SVOLTO TRAMITE PIATTAFORMA DIGITALE <i>Tribunale di Palermo; sezione lavoro; sentenza 24 novembre 2020, n. 3570</i> <i>commento di Raffaele Fabozzi</i>	105 111

<p>LESIONE DEL DIRITTO ALL'IMMAGINE DELL'IMPRESA CAUSATA DA UN COMUNICATO STAMPA DIFFUSO <i>ONLINE</i> DELL'AGCM, GIURISDIZIONE ORDINARIA E DANNO <i>IN RE IPSA</i> <i>Tribunale di Napoli Nord; ordinanza 30 luglio 2020, n. 6090</i> <i>commento di Francesco Di Ciommo</i></p>	<p>115 115</p>
<p>LA DEINDICIZZAZIONE: IL BILANCIAMENTO TRA IL DIRITTO ALL'OBBLIO E IL DIRITTO DI CRONACA <i>Tribunale di Milano; sezione I civile; sentenza 14 aprile 2020, n. 1416</i> <i>commento di Antonfabio Morena</i></p>	<p>123 129</p>
PENALE	
<p>QUALE REGIME PER LE COMUNICAZIONI TRA PERSONE ALL'ESTERO INTERCETTATE DAL CAPTATORE INFORMATICO? <i>Corte di Cassazione; sezione II penale; sentenza 22 ottobre 2020, n. 29362</i> <i>commento di Biagio Monzillo</i></p>	<p>137 139</p>
<p>OFFERTE DI CRIPTOATTIVITÀ E ABUSIVISMO FINANZIARIO. I MARGINI DI RILEVANZA PENALE DELL'ESERCIZIO NON AUTORIZZATO DI SERVIZI DI INVESTIMENTO <i>Corte di Cassazione; sezione II; sentenza 25 settembre 2020, n. 26807</i> <i>commento di Luca D'Agostino</i> <i>commento di Marco Tullio Giordano</i></p>	<p>145 147 153</p>
<p>LE REGISTRAZIONI DI COLLOQUI AD OPERA DI UNO DEGLI INTERLOCUTORI TRA CONTRASTI INTERPRETATIVI ED EVOLUZIONE TECNOLOGICA <i>Corte di Cassazione; sezione II penale; sentenza 25 settembre 2020, n. 26766</i> <i>commento di Alessandro Malacarne</i></p>	<p>159 163</p>
<p>IMMAGINI INDEBITAMENTE CARPITE E DIFFUSIONE SUL WEB: SULLA RILEVANZA SCRIMINANTE DELLA DIFESA DA "PERICOLO INFORMATICO" <i>Ufficio del G.I.P. di Latina; decreto di archiviazione 3 agosto 2020</i> <i>commento di Alessandra Gualazzi</i></p>	<p>173 175</p>
AMMINISTRATIVA	
<p>BANDA ULTRALARGA: IL TAR BOCCIA I RICORSI CONTRO IL PIANO VOUCHER <i>T.a.r. Lazio; sezione terza ter; ordinanza 23 novembre 2020, n. 7239</i> <i>commento di Gianluca Favaro</i></p>	<p>183 184</p>
<p>EMERGENZA COVID-19: TERMINE "NON PERENTORIO" PER IL DEPOSITO DELL'ISTANZA DI DISCUSSIONE ORALE NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO <i>T.a.r. Emilia Romagna; sezione I; decreto 10 novembre 2020, n. 208</i> <i>commento di Antonino Mazza Labocetta</i></p>	<p>189 190</p>
■ PRASSI	
<p>PROFILAZIONE E PRIVACY: UN CONFRONTO FRA I MODELLI GOOGLE, AMAZON E FACEBOOK <i>di Flaviano Peluso e Michele Saporito</i></p>	<p>199</p>

Lesione del diritto all'immagine dell'impresa causata da un comunicato stampa diffuso *online* dell'AGCM, giurisdizione ordinaria e danno *in re ipsa*

TRIBUNALE DI NAPOLI NORD; ordinanza 30 luglio 2020, n. 6090; G. des. dott. P. Ucci

Il comunicato stampa di una Autorità pubblica, nella fattispecie l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è riconducibile nell'alveo dei comportamenti posti in essere in assenza di esercizio di potere amministrativo ed a fronte del quale, in astratto, il privato vanta un diritto soggettivo all'onore ed alla reputazione, il cui referente normativo si rinviene nell'art. 2 della Costituzione e la cui violazione è fonte di risarcimento del danno.

Integra illecito civile il comunicato stampa di una Autorità pubblica che, senza valida motivazione, accosti il nome di una impresa ad una attività pre-istruttoria svolta dalla stessa Autorità per accertare l'esistenza di pratiche speculative, laddove in uno al contesto comunicativo esso risulti idoneo a ledere l'immagine e la reputazione di tale impresa inducendo i consumatori – e non solo – a ritenere che a carico della società ricorrente siano state già accertate o, quantomeno segnalate, pratiche commerciali scorrette. Per tanto, in sede cautelare si devono adottare tutti i provvedimenti idonei ad evitare che il pericolo di danno, nella fattispecie sussistente in re ipsa, si possa concretizzare o le conseguenze dannose si possano aggravare. (Nella fattispecie il comunicato stampa dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato concerneva la richiesta di informazioni a numerosi operatori della grande distribuzione per acquisire dati sull'andamento dei prezzi di vendita al dettaglio e dei prezzi di acquisto all'ingrosso di generi alimentari di prima necessità al fine di individuare eventuali fenomeni di sfruttamento dell'emergenza sanitaria determinata dal Covid/19).

*** L'ordinanza è leggibile per esteso, nella pagina degli Osservatori della Rivista, all'indirizzo <<https://dirittodi-internet.it/lautorita-garante-della-concorrenza-del-mercato-lesione-allimmagine-reputazione-professionale-operatore-commerciale-tribunale-napoli-nord-ordinanza-29-30-luglio-2020/>>

IL COMMENTO

di Francesco Di Ciommo

Sommario: 1. La vicenda in estrema sintesi. – 2. La giurisdizione del G.O. e la responsabilità da mero comportamento della P.A. – 3. Il riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O. nel codice del processo amministrativo. – 4. Il riparto di giurisdizione secondo la Cassazione. – 5. Il risarcimento del danno (*in re ipsa?*) all'immagine e alla reputazione del privato: brevi cenni.

Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in tema di risarcimento del danno causato al privato non già da un'attività provvedimentoale ma da un mero comportamento della P.A. costituisce un tema controverso tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Oggetto di ampie discussioni è altresì il problema del risarcimento del danno all'immagine e/o alla reputazione, visto che la giurisprudenza prevalente esclude che possa trattarsi di un danno *in re ipsa*, se pure consente il risarcimento in via equitativa. Sulle due questioni è intervenuta una recente ordinanza del Tribunale di Napoli Nord, dalla quale l'autore prende spunto per svolgere sue considerazioni.

The division of jurisdiction between ordinary judge and administrative judge in the matter of compensation for damage caused to the private individual not by a provisional activity but by a mere behavior of the Public Administration constitutes a controversial topic both in doctrine and in jurisprudence. The issue of compensation for damage to image and / or reputation is also the subject of extensive discussions, given that the prevailing jurisprudence excludes that it may be a damage in re ipsa, even if it allows for compensation on an equitable basis. A recent order of the Court of North Naples has intervened on the two issues, from which the author takes inspiration to carry out his considerations.

1. La vicenda in estrema sintesi

Con l'ordinanza in epigrafe il Tribunale di Napoli Nord ha accolto il ricorso cautelare *ante causam* proposto, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., da una società che chiedeva al Giudice del procedimento monitorio di ordinare all'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM) di rettificare un recente comunicato stampa di quest'ultima, nel quale l'impresa era menzionata, ritenendolo lesivo della propria reputazione.

Il tutto in previsione dell'instaurazione del giudizio di merito nel quale la società ricorrente potrà spiegare la conseguente domanda risarcitoria, ex art. 2043 c.c., per il danno da lesione dei diritti della personalità asseritamente prodotto a suo carico dalla condotta diffamatoria posta in essere dall'Autorità resistente per aver diffuso il comunicato stampa.

Quest'ultimo, ritualmente pubblicato sul sito dell'AGCM il 7 maggio 2020, concerneva l'avvio di una attività pre-istruttoria volta ad indagare sull'aumento dei prezzi dei beni alimentari di prima necessità, detersivi, disinfettanti e guanti nella grande distribuzione italiana nei mesi iniziali dell'emergenza sanitaria causata dal Covid/19. Tali aumenti, riscontrati sulla base dei dati Istat a partire dal mese di marzo 2020, secondo l'Autorità, apparivano differenziati per provincia e più marcati in «aree non interessate da 'zone rosse' o da misure rafforzate di contenimento della mobilità».

Nel comunicato, che era intitolato «DS2620 - Emergenza Coronavirus, avviata indagine su aumento dei prezzi dei beni alimentari e di detersivi, disinfettanti e guanti», e che veniva pubblicato integralmente sul sito web dell'AGCM nella pagina dedicata a tali annunci (<https://www.agcm.it/media/comunicatistampa>), nonché su altre pagine web, l'Autorità precisava di non poter escludere che tali aumenti fossero dovuti a 'fenomeni speculativi' e informava di aver inviato una pluralità di richieste di informazioni a numerosi operatori della grande distribuzione, indicando i nomi dei «principali destinatari delle richieste di informazioni», in tutto una ventina, tra i quali figurava anche quello della società ricorrente.

Nel decidere sulla richiesta cautelare il Tribunale, con l'ordinanza del 29-30 luglio scorso, ha, per prima cosa, rigettato l'eccezione sollevata, per l'AGCM, dall'Avvocatura dello Stato, la quale – come meglio si vedrà subito *infra* – contestava la giurisdizione del giudice ordinario ritenendo che la fattispecie rientrasse nel campo della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Sul punto, l'ordinanza, invece, afferma in modo chiaro e condivisibile, come meglio si vedrà *infra*, che la pubblicazione di un comunicato stampa non possa in alcun modo essere espressione del pubblico potere e che essa, invece, costituisca una condotta rientrante nell'alveo

dei 'meri comportamenti' della P.A., i quali sono attratti nella giurisdizione del giudice ordinario.

Nel merito, il Tribunale ha poi chiarito che, nella vicenda in parola, ad essere in discussione non era il diritto dell'Autorità di esprimere pareri e pubblicare segnalazioni concernenti circostanze idonee a causare distorsioni della concorrenza, bensì l'idoneità del comunicato stampa a ledere illecitamente il diritto all'immagine della società ricorrente(1), ed inoltre ha affermato che tale idoneità andava valutata applicando i principi formati in sede giurisprudenziale in materia di libertà di informazione.

In ossequio a tali principi il Tribunale ha, dunque, statuito che il comunicato stampa in esame non risultava rispettoso del criterio della contenenza e che non sussisteva alcun interesse pubblico con riguardo all'indicazione nel medesimo dei principali destinatari delle richieste di informazioni.

E ciò in quanto, come si legge nell'ordinanza, non risulta chiaro quale fosse l'interesse del pubblico a conoscere l'identità di alcuni (peraltro, non tutti) soggetti destinatari delle richieste di informazioni nella fase pre-istruttoria del procedimento, considerando, in particolare, che tali richieste non erano finalizzate ad accertare violazioni già segnalate.

Inoltre, sempre per il Tribunale, il comunicato poteva ingenerare nei lettori il convincimento, o quantomeno il dubbio, che la ricorrente, così come le altre imprese destinatarie delle richieste di informazioni, avesse approfittato della situazione di emergenza legata al Coronavirus per incrementare in maniera ingiustificata i prezzi; circostanza questa che è stata, tuttavia, smentita anche in giudizio dalla stessa AGCM.

Per queste ragioni, a parere del Giudice designato, pur essendo «indubbio che il [comunicato] appare corretto e legittimo nella parte in cui si limita ad informare sull'avvio dell'attività pre-istruttoria, condotta dall'Autorità per accertare l'esistenza di pratiche speculative [...], al contrario l'accostamento della predetta notizia agli operatori commerciali ivi indicati – tra cui la ricorrente – [...] appare immotivato e certamente idoneo a ledere l'immagine e la reputazione della ricorrente inducendo i consumatori – e non solo – a ritenere che a carico [della ricorrente] siano già state accertate o, quantomeno segnalate, pratiche commerciali scorrette».

(1) Per recenti riflessioni sui rapporti tra chi detiene dati sensibili, chi ha il potere di trattarli ed eventualmente pubblicarli, e chi risulta esserne il titolare, v. DI CIOMMO, *Archivi digitali (onnivori) e diritti fondamentali (recessivi)*, in *Il nuovo dir. civ.*, 2020, n. 2, 29; GRIMALDI, *Diritto alla deindicizzazione: dati sensibili, potere e responsabilità*, in *Dir. dell'inf. e dell'inf.*, 2020, 254; e C. IORIO, *Diritto all'oblio e deindicizzazione: fondamenti giuridici e risarcibilità del danno*, in questa *Rivista*, 2020, 627.

Da qui la condanna dell'AGCM a pubblicare su almeno tre testate nazionali e in calce al proprio Comunicato un testo di rettifica del seguente tenore "in relazione al comunicato in oggetto si specifica che nei confronti di Ce. Di Sigma Campania s.p.a. e delle altre aziende indicate è stata effettuata una semplice richiesta di informazioni senza l'avvio di alcun procedimento istruttorio o sanzionatorio".

Come evidente già da questa veloce sintesi, si tratta di un provvedimento significativo sotto diversi profili, e che infatti, non appena reso pubblico, ha ricevuto notevole attenzione anche da parte della stampa non specializzata.

2. La giurisdizione del G.O. e la responsabilità da mero comportamento della P.A.

La prima ragione di interesse dell'ordinanza in epigrafe riguarda l'affermazione, in essa contenuta, della giurisdizione del G.O. in luogo di quella del giudice amministrativo.

Ed infatti, come cennato, l'Avvocatura dello Stato, quale difensore dell'AGCM, nel giudizio cautelare in esame ha come prima cosa eccepito il difetto di giurisdizione del G.O. ritenendo che nella vicenda sussistesse la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Sennonché, sul punto, l'ordinanza in primo luogo osserva che un ricorso cautelare "analogo (ma non assolutamente coincidente)", rispetto a quello di cui origina il procedimento concluso con l'ordinanza medesima, era stato depositato dalla ricorrente presso il Tribunale di Napoli ed era stato da quest'ultimo respinto per incompetenza territoriale, ma dopo che il Giudice aveva avuto modo di affermare la giurisdizione del G.O.

Dirimente sul punto, tanto secondo il giudice partenopeo, quanto secondo l'estensore dell'ordinanza in epigrafe, si rivela l'art. 133, lett. L) c.p.a., a tenore del quale "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori ed esclusi quelli inerenti ai rapporti di impiego privatizzati, adottati dalle Autorità amministrative indipendenti".

Secondo il dettato legislativo, dunque, al giudice amministrativo è riconosciuta la giurisdizione esclusiva in materia di provvedimenti delle autorità indipendenti. Sennonché, come noto, altro è l'attività provvedimentale realizzata da una pubblica amministrazione, così come da una autorità indipendente, altro sono i meri comportamenti posti in essere dalla medesima.

Come è stato puntualmente evidenziato in dottrina, sin dall'entrata in vigore della Costituzione nel nostro ordinamento è stato riconosciuto, attraverso la valorizzazione dell'art. 28 Cost., che la pubblica amministrazione possa essere responsabile dei danni arrecati al privato, in ragione della lesione di diritti soggettivi di questi ulti-

mi, attraverso o in occasione del compimento, da parte della P.A., di attività "paritetiche", per tali dovendosi intendere le attività compiute non *iure imperii*, nell'esercizio dei poteri autoritativi di cui è dotata l'amministrazione, bensì nella relazione privata che l'ente pubblico può intrattenere con il cittadino (2).

Inoltre, sul finire del XX secolo, come noto, con la celeberrima sentenza della Cassazione civile n. 500 del 22 luglio 1999, in giurisprudenza si è (finalmente) affermato il convincimento, sostenuto dalla sostanzialmente unanime dottrina da almeno due decenni, per cui la pubblica amministrazione risponde a titolo risarcitorio nei confronti dei cittadini anche dei danni cagionati nell'esercizio illegittimo della propria attività provvedimentale (3). In buona sostanza, dunque, in forza dei principi introdotti con la sentenza n. 500/1999 risponde a detto titolo l'ente pubblico che, in forza dell'adozione di un provvedimento o dell'omissione di un provvedimento dovuto, leda l'interesse legittimo, oppositivo o pretensivo del privato. Tale forma di responsabilità, proprio per distinguerla da quella a cui si farà cenno tra un attimo, prende il nome di responsabilità "da provvedimento" e, come visto, per legge rientra nel novero delle materie riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Invero, giova precisare che, qualche anno prima, e per la precisione con la legge 19 febbraio 1992 n. 142, in attuazione della direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 665, era stata introdotta nel nostro ordinamento, ma esclusivamente in materia di appalti, la previsione della tutela risarcitoria delle imprese lese da violazioni del diritto comunitario, con il che per la prima volta in Italia si prevedeva la possibilità per il privato di ottenere tutela risarcitoria in caso di lesione dei propri interessi legiti-

(2) Cfr., ex ceteris, SABATO, *La responsabilità "da comportamento" della pubblica amministrazione*, in *Giuricivile*, 2019, 7; nonché CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 19°, 673 ss.; e CHIEPPA - GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 4°, 953 ss.; SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. amm.*, 2009, 535.

(3) Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in *Contratti*, 1999, 869, con nota di MOSCARINI; in *Corr. giur.*, 1999, 1367, con note di DI MAJO e MARICONDA; in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con note di PALMIERI e PARDOLESI; in *Foro it.*, 1999, I, 3201 (m), con note di CARANTA, FRACCHIA, ROMANO; in *Foro it.*, 1999, I, 3201 (m), con nota di SCODITTI; in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 832, con nota di TORCHIA; in *Giust. civ.*, 1999, I, 2261, con nota di MORELLI; in *Trib. amm. reg.*, 1999, II, 225, con nota di BONANNI; in *Urb. e a.*, 1999, 1067, con nota di PROTTO. In argomento v. inoltre CRISCI, *La risarcibilità degli interessi legittimi e l'art. 2043 c.c.*, in *Cons. St.*, 2000, II, 2525; LUBRANO, *Interessi legittimi e tutela risarcitoria*, in *Temi romana*, 2000, 429; LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della corte di cassazione*, in *Riv. giur. sarda*, 2000, 255; M.A. SANDULLI, *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione e sui suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 65.

timi. In base a tale novità, i concorrenti ad una gara di appalto dovevano ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo da parte del giudice amministrativo, e poi rivolgersi al giudice ordinario per conseguire il risarcimento del danno.

Tale sistema (c.d. del doppio binario) durò poco tempo perché nel 1998 l'art. 35, co. 1, del d.lgs. n. 80, introdusse la tutela risarcitoria davanti al giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva di cui agli artt. 33 e 34 del medesimo decreto (servizi pubblici, edilizia e urbanistica), contestualmente abrogando espressamente l'art. 13 della citata legge n. 142/1992, e ogni altra disposizione che prevedesse la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di cui al comma 17.

Successivamente, l'art. 7 della legge n. 205/2000 modificò la Legge TAR stabilendo che "il Tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della propria giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

In definitiva, può dirsi che attraverso gli interventi legislativi del 1998 e del 2000, e la sentenza della Cassazione n. 500/1999, il nostro ordinamento ha superato il sistema del doppio binario, affidando di fatto la tutela risarcitoria del privato leso dalla P.A. a due distinte modalità di azione, per cui se il danno era arrecato dall'esercizio o dal mancato esercizio di un potere amministrativo, la relativa azione andava introdotta dinanzi al giudice amministrativo, mentre, se il risarcimento veniva invocato a fronte di un illecito puramente comportamentale, sussisteva la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario (4).

3. Il riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O. nel codice del processo amministrativo

Pochi anni dopo la rivoluzione copernicana determinata tra il 1992 e il 2000 dai fatti ricordati, il dibattito attorno alla giusta perimetrazione del concetto di comportamento della P.A. è stato alimentato in modo particolare dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale intervenuta a delimitare l'ambito delle materie "particolari" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione della contestata illegittimità costituzionale dell'articolo 34 del citato d.lgs.

(4) Cfr. CARANTA, *Attività amministrativa e illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la L. 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001; CACACE, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione degli interessi legittimi negli anni '90: dieci tappe di una evoluzione*, in *Danno e resp.*, 2001, 121; e CARBONE, *Le «nuove frontiere» della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo della pubblica amministrazione (commento alla L. 21 luglio 2000, n. 205)*, in *Corr. giur.*, 2000, 1127.

n. 80 del 1998 nella parte in cui si riferiva ai "comportamenti tenuti dalla pubblica amministrazione in materia di urbanistica e edilizia".

La Corte Costituzionale nell'occasione mise in evidenza come soltanto l'inerenza all'esercizio del potere pubblico dei comportamenti potesse radicare la giurisdizione del giudice amministrativo.

Tale indirizzo venne subito dopo confermato con la sentenza n. 191 del 2006 della stessa Consulta, che distingue nettamente i comportamenti meri, come tali giustiziabili davanti al giudice ordinario, e i comportamenti c.d. amministrativi, tramite i quali la pubblica amministrazione, pur esercitando illegittimamente il potere conferitole, tiene condotte che non sfociano nell'adozione di un provvedimento.

Il nuovo Codice del processo amministrativo, approvato con D. Lgs. n. 104 del 2 luglio 2010, non ha stravolto quella che era la precedente impostazione del tema, limitandosi piuttosto ad una organica sistemazione della materia (5).

Infatti, nella Relazione finale di accompagnamento al Codice del processo amministrativo si legge che, «pur essendo astrattamente consentito dalla delega di cui all'art. 44 della l. n. 69 del 2009, la Commissione non ha ritenuto di effettuare incisivi interventi in tema di riparto di giurisdizione, optando al contrario per un'operazione volta a realizzare il riordino della disciplina vigente con taluni aggiustamenti, in tendenziale adesione al diritto vivente risultante dalla giurisprudenza della Corte regolatrice.».

Nel nuovo codice la questione del riparto della giurisdizione tra tribunali amministrativi ed ordinari è trattata innanzitutto nei commi 1 e 4 dell'art. 7 c.p.a., rubricato "Giurisdizione amministrativa". In particolare, al comma 1 è stabilito che «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.»; mentre al comma 4 si prevede che «Sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al risarcimento del danno per lesione di

(5) Cfr. ZITO, *L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca. Torino, 2013, in part. 84 ss.

interessi legittimi e agli altri diritti patrimoniali consequenziali, pure se introdotte in via autonoma».

In secondo luogo, riguardo al tema in parola nel nuovo codice rileva il comma 2 dell'art. 30 c.p.a. ("Azione di condanna"), ove è disposto che «può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.».

In buona sostanza, può dirsi che il nuovo codice del processo amministrativo ha attribuito al giudice amministrativo il potere di conoscere dei comportamenti della P.A., purché connessi con l'esercizio del potere, e ha affidato in via esclusiva al giudice amministrativo la giurisdizione sulle fattispecie di danno da ritardo nell'emanazione di provvedimenti amministrativi, se ne ricava che la giurisdizione del giudice ordinario acquista carattere residuale e resta dunque ferma per i soli danni da comportamento e da attività materiali. L'individuazione delle ipotesi di responsabilità la cui cognizione resta riservata al giudice ordinario non è in concreto agevole, perché è affidata a un criterio di non semplice applicazione: il compito di tracciare il confine tra fattispecie di illecito direttamente o "mediatamente" collegate all'esercizio del potere e fattispecie puramente comportamentali è dunque affidato al giudice.

Le più recenti evoluzioni interpretative, tanto in ambito dottrinale, quanto in ambito giurisprudenziale, hanno condotto alla elaborazione di nuove fattispecie di responsabilità, ricondotte nell'alveo della c.d. "responsabilità da comportamento", per tale intendendosi la responsabilità che può ingenerarsi in tutti quei casi in cui il privato lamenta un danno cagionato dalla pubblica amministrazione non già in occasione del compimento di attività paritetica o di attività provvedimentale, bensì in ragione di un mero comportamento tenuto dall'ente pubblico e che realizza dirette conseguenze nei confronti di uno o più privati (6).

4. Il riparto di giurisdizione secondo la Cassazione

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state più volte investite, in sede di risoluzione di conflitto negativo di giurisdizione, della questione concernente

l'esatta individuazione del confine, o dei criteri in base ai quali il giudice del caso concreto deve individuare il confine, tra giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo quando il danno ingiusto derivi al privato da un comportamento della P.A.

Con la recente ordinanza n. 19677 del 24 settembre 2020, la Suprema Corte è tornata nuovamente a trattare il tema e, dunque, tra l'altro a prendere nuovamente in esame le argomentazioni prospettate nel recente passato, sia in dottrina che in giurisprudenza, su quale sia giudice munito della *potestas iudicandi* in materia.

Nell'occasione la Suprema Corte ha ribadito l'orientamento consolidatosi negli ultimi anni, indicando il giudice ordinario quale titolare della *potestas iudicandi* rispetto al caso specifico sottoposto alla sua decisione, ma ciò sulla base di un deciso ampliamento dei confini della giurisdizione del giudice ordinario per realizzare il quale la Corte afferma che anche quando l'attività della P.A. sia di carattere provvedimentale, se il danno lamentato non deriva direttamente dall'atto prodotto nell'esercizio di tale attività, non si scatta la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In passato, infatti, si era già osservato come non sia l'esercizio del potere amministrativo in sé a rilevare, quanto l'efficacia causale del danno-evento da affidamento incolpevole di un atto apparentemente legittimo.

In altre parole, secondo la Corte spetta al giudice ordinario decidere, tra l'altro, la causa introdotta dal destinatario di un provvedimento ampliativo (ma illegittimo) della sua sfera giuridica, il quale chieda il risarcimento del danno subito a causa dell'emanazione e del successivo annullamento di tale atto.

In vero, negli anni passati, non sono mancate, anche nella giurisprudenza di legittimità, pronunce che hanno sostenuto tesi interpretative differenti. L'azione risarcitoria per lesione dell'affidamento, riposta nella legittimità dell'atto amministrativo poi annullato, era, infatti, dai più considerata tra le materie della giurisdizione amministrativa esclusiva, in ragione del contesto di stampo pubblicistico nel quale la complessiva condotta dell'Amministrazione si collocava (e si colloca tuttora) (7).

Tuttavia, la Cassazione, con le ordinanze nn. 6594, 6595, 6596 del 2011, ha superato tale orientamento, ed ha affermato risolutamente che: i) la giurisdizione amministrativa presuppone l'esistenza di una controversia sul legittimo esercizio di un potere autoritativo ed è preordinata ad apprestare tutela contro l'agire pubblicistico della P.A. e ii) l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria costituisce uno strumento complementare rispetto alla tutela demolitoria, attuabi-

(6) Cfr. CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*. Torino, 2004; PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008; e CASSANO - POSTERARO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Rimini, 2019.

(7) Cfr., *ex multis*, Cassazione, sentenza n. 8511/2009; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 20 giugno 2012, n. 312; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 luglio 2012, n. 3147.

le nel momento in cui il danno di cui si chiede il risarcimento sia casualmente collegato all'illegittimità del provvedimento amministrativo.

A questo orientamento si allinea sostanzialmente la sentenza del 2020 sopra citata.

In definitiva, dunque, la tutela risarcitoria, secondo quanto statuito data tale recente sentenza della Suprema Corte, può essere invocata davanti al giudice amministrativo soltanto qualora il danno sia conseguenza immediata e diretta dell'illegittimità dell'atto impugnato, non costituendo il risarcimento del danno materia di giurisdizione esclusiva, ma solo uno strumento di tutela ulteriore e, di completamento, rispetto a quello demolitorio.

Questo approdo della più recente giurisprudenza di legittimità, in vero, risulta, tutto sommato, eccentrico rispetto a quanto sul tema della giurisdizione statuito dall'ordinanza in epigrafe del Tribunale di Napoli Nord, visto che quest'ultima non svolge alcuna indagine sulla connessione, diretta o meno, del danno lamentato dal privato rispetto all'attività provvedimentoale posta in essere dalla P.A. e, anzi, al contrario afferma che nel caso sottoposto al suo scrutinio "sussiste la giurisdizione ordinaria avendo la domanda formulata dal ricorrente riguardo ad un mero comunicato dell'AGCM riconducibile nell'alveo dei comportamenti posti in essere in assenza di esercizio di potere amministrativo ed a front del quale in astratto il privato vanta un diritto soggettivo all'onore e alla reputazione, il cui referente normativo si rinviene nell'art. 2 della Costituzione e la cui violazione è fonte di risarcimento del danno".

5. Il risarcimento del danno (*in re ipsa*?) all'immagine e alla reputazione del privato: brevi cenni

La seconda ragione di interesse della pronuncia in epigrafe riguarda il rilievo che questa assegna al danno lamentato dal privato nel ricorso.

A riguardo, infatti, come prima cosa l'ordinanza chiarisce che "nel caso di specie [...] non è in discussione il diritto della P.A. [...] di esprimere pareri e di pubblicare le segnalazioni relative a circostanza che possano determinare distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato, ma unicamente l'idoneità della segnalazione contenuta nel comunicato stampa [...] a ledere o comunque mettere in pericolo il diritto all'immagine alla propria reputazione, anche commerciale, della società ricorrente".

Svolto questo chiarimento, la stessa poi afferma che, per determinare se nel caso di specie la lesione lamentata dal privato possa qualificarsi come ingiusta ex art. 2043 c.c., occorre verificare se l'esercizio della libertà di espressione svolto dall'AGCM abbia travalicato i tre criteri individuati dalla giurisprudenza per svolgere, caso

per caso, il bilanciamento tra i diritti del privato asseveratamente danneggiato e quelli della P.A. In particolare, si tratta dei tre criteri della verità, della continenza e dell'interesse pubblico all'informazione.

Dunque, e in questo l'ordinanza rivela una sua spiccata originalità, essa decide di valutare il comportamento tenuto dalla P.A. nel caso di specie alla luce dei criteri fissati dalla giurisprudenza, in particolare nell'ambito dell'attività giornalistica, per stabilire se la libertà di espressione e di informazione è stata esercitata correttamente (8). E conclude nel senso che l'informazione diffusa dall'AGCM nel caso sottoposto al vaglio del Tribunale di Napoli Nord con il ricorso introduttivo del giudizio monitorio non rispettava i criteri della continenza e dell'interesse pubblico all'informazione.

Da qui la condanna alla P.A. alla rimozione delle informazioni considerate, sotto questi profili, non lecitamente diffuse a danno dell'impresa ricorrente.

Ovviamente, l'accoglimento dell'istanza cautelare - che pure si basa, come appena detto, sull'accertamento, oltre che del *fumus boni iurisi* anche del rischio attuale di un danno ingiusto in capo al ricorrente - non è detto necessariamente preluda ad un accertamento nel giudizio a cognizione piena di un danno effettivamente patito dalla società ricorrente e dunque ad una condanna al risarcimento del danno in capo all'AGCM.

Per altro, come noto, provare in giudizio il danno all'immagine o alla reputazione costituisce molto spesso una sfida ardua, il che si traduce sovente nella sottovalutazione del danno da parte del giudice in sentenza (9).

E ciò in quanto - sebbene sia oramai pacifico che "onore e reputazione costituiscono diritti della persona costituzionalmente garantiti, [sicché] la loro lesione legittima sempre la persona offesa a domandare il ristoro del danno non patrimoniale, quand'anche il fatto illecito non integri gli estremi di alcun reato" (così, *ex ceteris*, Cass. 15 giugno 2018 n. 15742) - secondo la giurisprudenza ampiamente maggioritaria "in tema di responsabilità civile per diffamazione a mezzo stampa, il danno all'onore ed alla reputazione, di cui si invoca il risarcimento, non è *in re ipsa*, identificandosi il danno risarcibile non con la lesione dell'interesse tutelato dall'ordinamento ma con le conseguenze di tale lesione, sicché la sussistenza di siffatto danno non patrimoniale deve essere oggetto di allegazione e prova, anche attraverso presunzioni, assumendo a tal fine rilevanza, quali parametri di riferi-

(8) Sul tema, *ex multis*, sia dato rinviare a DI CIOMMO, *Oblio e cronaca: rimessa alle Sezioni Unite la definizione dei criteri di bilanciamento*, in *Corriere giur.*, 2019, 5; e ID., *Le Sezioni Unite chiamate a fare chiarezza su quando il diritto di cronaca prevale sul diritto all'oblio*, in questa *Rivista*, 2019, 1.

(9) Per recenti considerazioni sul tema, v. AVITABILE, *Il risarcimento del danno a seguito dell'illecito trattamento di dati personali: un nuovo impulso dal Reg.U.E. 27 aprile 2016 n. 679*, in questa *Rivista*, 2020, 619.

mento, la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima" (così, *ex multis*, Cass., 26 ottobre 2017 n. 25420).

L'assetto pretorio qui cennato non appare del tutto indivisibile, in quanto ci sono interessi, quali, per l'appunto, il diritto all'immagine e alla reputazione, che necessariamente, sul piano naturalistico, vengono pregiudicati, in senso giuridicamente rilevante, da un fatto che li incida in senso lesivo (10).

In altri termini, delle due l'una: o, in relazione ai singoli casi concreti, il fatto è produttivo di danno ingiusto in quanto lede gli interessi in parola, nel qual caso tale fatto è da qualificarsi come illecito ed è inevitabile la concretizzazione di un danno in capo al malcapitato che deve essere risarcito; o, al contrario, il fatto non produce un danno ingiusto perché non lede in modo significativo l'interesse protetto e, dunque, non c'è il fatto illecito. Sicché sembra affetto da strabismo l'orientamento pretorio attuale che ritiene risarcibile il danno non patrimoniale da lesione dei diritti della personalità solo quando colui che richiede il risarcimento, pur avendo dimostrato tutti gli elementi di cui all'art. 2043 c.c. (e dunque il fatto, il nesso di causalità, il danno ingiusto e l'elemento soggettivo in capo all'autore del fatto), riesca altresì a produrre in giudizio prova concreta del danno. Ed infatti tal ultima esigenza, ragionando in termini di stretto diritto civile, dovrebbe incidere sul *quantum* del risarcimento e non già sull'*an* dello stesso.

Mentre pare cogliere nel segno l'ordinanza in epigrafe laddove afferma che nel caso di specie il danno lamentato dalla impresa ricorrente deve considerarsi *in re ipsa*, almeno ai fini della concessione della richiesta misura cautelare.

Parte della giurisprudenza sembra consapevole di come l'orientamento maggioritario in parola appaia insoddisfacente nella pratica e, per l'appunto, poco rispettoso dell'assetto normativo in materia di risarcimento del danno. Tanto che alcune pronunce affermano che la lesione della "dimensione strettamente personale" del diffamato costituisce "nozione di fatto rientrante nella comune esperienza, rilevante ai sensi dell'art. 115 c.p.c." sicché, una volta accertato il fatto illecito, il giudice può ricavare, per l'appunto ai sensi della disposizione in parola e quindi senza necessità di prova in giudizio, la ricorrenza di una condizione di sofferenza derivante dalla lesione dell'interesse della persona al rispetto del pro-

prio ambito di riservatezza (cfr. Cass. 13 febbraio 2018 n. 3426).

E tanto che in generale si riconosce che "la liquidazione del danno derivante da diffamazione, almeno nella sua componente non patrimoniale, presuppone una valutazione necessariamente equitativa, la quale non è censurabile in Cassazione, sempre che i criteri seguiti siano enunciati in motivazione e non siano manifestamente incongrui rispetto al caso concreto, o radicalmente contraddittori, o macroscopicamente contrari a dati di comune esperienza, ovvero l'esito della loro applicazione risulti particolarmente sproporzionato per eccesso o difetto" (così, Cass. 25 maggio 2017 n. 13153).

Ed alcune recenti pronunce chiariscono anche con dovizia di particolari quali siano i criteri e i parametri che il giudice deve utilizzare per effettuare tale valutazione equitativa (cfr. *ex ceteris*, Cass. 30 agosto 2019 n. 21855). Per scoprire quale posizione il Tribunale di Napoli Nord prenderà nel caso in rassegna rispetto ai delicati temi della prova e della quantificazione del danno, non resta che seguire il cennato giudizio a cognizione piena che dovrebbe far seguito al procedimento cautelare definito con l'ordinanza in epigrafe.

(10) Per considerazioni varie sul tema, cfr. DI CIOMMO - MESSINETTI, *Diritti della personalità*, in S. Martuccelli - V. Pescatore (a cura di), *Dizionario giuridico*, diretto da N. Irti, Milano, 2012, p. 598-620; nonché DI CIOMMO - PARDOLESI, *Dal diritto all'oblio in Internet alla tutela dell'identità dinamica. E' la Rete, bellezza!*, in *Danno e resp.*, 2012, p. 701; e DI CIOMMO - PARDOLESI, *Trattamento dei dati personali e archivi storici accessibili in Internet: notizia vera, difetto di attualità, diritto all'oblio*, in *Danno e resp.*, 2012, 747.

