



Università degli Studi di Milano

**FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, PROCESSUALE CIVILE,
INTERNAZIONALE ED EUROPEO**

**CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO PROCESSUALE CIVILE – CICLO XXIV**

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

**DUE SETTORI SENSIBILI DELL'OMOLOGAZIONE
PROCESSUALE EUROPEA
(IUS 15)**

DOTTORANDO: MARCELLO STELLA

TUTOR: CHIAR.MA PROF. ELENA MERLIN

COORDINATORE: CHIAR.MA PROF. MARIA FRANCESCA GHIRGA

ANNO ACCADEMICO 2010/2011

Sommario

Prefazione.....	1
-----------------	---

PARTE PRIMA

AZIONE PUBBLICA E PRIVATA NELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA COMUNITARIA.

1.- <i>Ambito dell'indagine.</i>	4
2. <i>La libertà di concorrenza come Rechtsbegriff dai confini incerti. Evoluzione del concetto nel pensiero giuridico europeo: da diritto individuale assoluto a interesse collettivo.</i>	7
3. <i>Influsso della dottrina germanica nel pensiero giuridico italiano.</i>	11
4. <i>Origini delle norme antitrust nei diritti nazionali e loro recezione nel Trattato di Roma.</i>	16
5. <i>Il silenzio del diritto derivato (Reg. CE n. 17/1962) in ordine alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto a pretese derivanti dalla violazione dei divieti antitrust.</i>	23
6. <i>Il riconoscimento pretorio dell'efficacia diretta orizzontale dei divieti antitrust aventi sede nel Trattato.</i>	33
7. <i>Autonomia dei diritti nazionali e resistenze nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Il caso tedesco e inglese (la saga Courage c. Crehan: la legittimazione del contraente parte del negozio contrario ai divieti antitrust ad esperire il rimedio risarcitorio).</i>	36
8. <i>La legittimazione sostanziale ampia conferita ai singoli dal diritto comunitario della concorrenza. Implicazioni del principio della tutela giurisdizionale effettiva sui criteri di accesso alla giurisdizione ed in particolare sull'interpretazione delle norme della lex fori in materia di competenza funzionale.</i>	50
9. <i>Le ragioni del superamento del Reg. 17/1962 e la ritrovata centralità del processo civile nel sistema di applicazione binario del diritto comunitario della concorrenza "ammodernato" (Reg. CE n. 1/2003).</i>	64

PARTE SECONDA

PROFILI PROBLEMATICI DEL COORDINAMENTO TRA PROCESSO CIVILE E PROCEDIMENTO ANTITRUST COMUNITARIO

1. *Cenni introduttivi sull'interpretazione del diritto comunitario e del Reg. 1/2003 di procedura in particolare. 86*
2. *I principi generali del diritto comunitario non cospirano necessariamente a sancire il "primato" degli accertamenti amministrativi della Commissione in materia di concorrenza, con efficacia vincolante per il giudice nazionale. 92*
3. *(segue). In particolare, ciò non consegue al "divieto" per il giudice nazionale di assumere decisioni "in contrasto" con quelle adottate dalla Commissione, la cui genesi nell'arrêt Masterfoods, codificato nell'art. 16, Reg. 1/2003, è da riferire al caso-limite di conflitti pratici tra effetti della decisione della Commissione ed effetti della sentenza. 106*
4. *Critica della tesi che associa alle decisioni della Commissione l'efficacia positivo-conformativa del giudicato sostanziale. Limiti di ordine costituzionale che ne impediscono l'accoglimento. 115*
5. *Declinazione della tesi dell'efficacia negativo-preclusiva del giudicato nell'ordinamento processuale inglese, ove il riesame dei fatti accertati dalla Commissione è impedito in chiave di "abuse of the process of the court" 132*
6. *La presa di posizione ambigua del Tribunale di Milano nel caso del "cartello della gomma": è negata formalmente l'efficacia conformativa delle decisioni della Commissione nel processo civile, ma la domanda giudiziale, il cui accoglimento porti a contraddirne gli accertamenti, va dichiarata inammissibile per difetto di interesse ad agire (/abuso del processo). 147*
7. *Le ipotesi di sospensione del processo contemplate dall'art. 16, Reg. 1/2003 non sono avvicinabili alla sospensione necessaria per pregiudizialità tra cause; né ad una ipotesi di sospensione discrezionale per "convenienza istruttoria". 166*
8. *L'art. 16, Reg. 1/2003 è derivato dal principio di leale collaborazione: esso esorta le giurisdizioni nazionali ad avvalersi di ogni mezzo previsto dalla lex fori per evitare contrasti decisorii, ma non costringe a deviare dai principi costituzionali ed in specie dal principio di soggezione del giudice (soltanto) alla legge. 175*

PARTE TERZA

RECENTI QUESTIONI SUL RIPARTO INTERNAZIONALE DI GIURISDIZIONE

SEZIONE I

Sui criteri di giurisdizione come strumenti di attribuzione della competenza per territorio nel caso di azioni di classe contro imprese convenute straniere.

1. *L'aporia normativa dell'art. 140-bis cod. cons. con riguardo ai criteri di competenza interna nei confronti di imprese con sede all'estero.* 184
2. *La bivalente natura dei criteri di giurisdizione previsti dal Reg. 44/2001.* 185
3. *La individuazione del foro territorialmente competente nel caso di azioni di classe deducibili illeciti contrattuali.* 186
4. *La delibazione della competenza del Tribunale adito va effettuata con riguardo alla situazione giuridica isomorfa facente capo al proponente l'azione di classe.*..... 187

SEZIONE II

Riconoscimento di sentenze straniere nei confronti di uno Stato estero ed immunità dalla giurisdizione del foro della delibazione.

1. *Riconoscimento di sentenze straniere di condanna nei confronti di uno Stato emittente titoli di debito non onorati alla scadenza.* 189
2. *Il diniego della giurisdizione del foro della delibazione inglese fondato su una interpretazione poco sceveratrice della lex fori in tema di immunità sovrane.* 191
3. *L'interpretazione restrittiva della regola "par in parem non habet iurisdictionem", considerata alla stregua di una eccezione al generale principio di assoggettabilità degli Stati esteri alla giurisdizione civile.* 194
4. *Soluzione del conflitto tra jus cogens ed eventuali divieti pattizi di riesame nel merito delle sentenze straniere con doverosa prevalenza del primo.* 197

SEZIONE III

La giurisdizione internazionale italiana, tra potere di autoannullamento della p.a. e clausole di proroga del foro, nel caso di contratti finanziari stipulati da enti pubblici locali.

1. *Cenni fattuali al caso di specie.* 199

2. <i>L'eccezione "condizionata" di difetto di giurisdizione italiana (e litispendenza internazionale) sollevata dalle banche contraenti nel giudizio di impugnazione dell'atto di autoannullamento dell'aggiudicazione avanti al g.a. italiano.....</i>	201
3. <i>L'elusiva pronuncia del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5032/2011.</i>	203
4. <i>L'allargamento ex lege dell'oggetto del giudizio di annullamento degli atti di gara al rapporto contrattuale a valle importa il rilievo della litispendenza ai sensi dell'art. 7, L. 218/1995.....</i>	204
 <i>Indice delle principali opere citate.....</i>	 208

Prefazione

“*Procedure in a time of austerity*”¹, titola il contributo di un giovane studioso americano al XIV Convegno mondiale della International Association of Procedural Law, svoltosi ad Heidelberg, culla delle riforme del diritto processuale uniforme europeo, nel luglio 2011. E mai titolo fu più appropriato, verrebbe quasi da aggiungere (se non fosse che l’attualità del saggio molto toglie all’aura quasi profetizzante di quella epigrafe).

L’impatto della “crisi” (economica) sulla giustizia civile, se si trascende dal non trascurabile dato del taglio alla spesa pubblica e sue inevitabili ripercussioni sull’appannaggio dell’amministrazione giudiziaria, non è solo strutturale, e plurime sono le sue manifestazioni. Fenomeni come i “*pro se litigants*”, ovvero, pianamente (e fuori dalla tautologia), delle parti non tecnicamente rappresentate, fioriscono ad es. negli Stati Uniti (l’autodifesa essendo colà generalmente ammessa) e danno luogo ad atteggiamenti delle corti federali dettati dalla preoccupazione di tutelare *nel* processo la parte che sarà per definizione da ritenere “debole”, perché priva di un *litigating lawyer* al suo fianco. Per fare un solo esempio, tratto sempre dal saggio citato in apertura, la parte tecnicamente assistita sarà sovente onerata d’informare il proprio contraddittore autodifeso in merito alle conseguenze processuali di una domanda di *summary judgment* ed a cosa si richieda per replicare od opporsi ad essa ammissibilmente. Il biasimo di parzialità del giudicante si annida dietro a siffatte interpretazioni elastiche coinvolgenti, diremmo, i doveri di probità e di lealtà processuale.

Questo su larga scala, con riguardo a liti individuali deducanti crediti tutto sommato modesti, generalmente. Vi sono poi le controversie di “fascia alta”, che reclamano non minore attenzione. E veniamo così alle ragioni anche del nostro titolo, dove il riferimento alla “sensibilità” dei settori indagati – concorrenza e giurisdizione internazionale (specie) nelle liti coinvolgenti gli enti pubblici – vuole anch’esso evocare

¹ R. MARCUS, manoscritto.

una centralità degli interessi economici sottesi a quel tipo di processi, in cui la scelta del foro s'appalesa per più versi *outcome determinative*. Se codesta centralità sembra talvolta misconosciuta a livello legislativo, essa inizia lentamente a percolare nella mentalità di giudici ed interpreti del vecchio Continente, chiamati ad applicare (e talora adattare) vecchi istituti a nuove (eccezionali) situazioni.

Il primo settore considerato è così quello della concorrenza in ambito comunitario, terreno elettivo per economisti e antitrustisti, ma sempre più anche dei processualisti, che si accostano – e non certo in punta di piedi; ma con tutto il loro strumentario, che esige d'essere utilizzato – a questa nuova frontiera del diritto europeo nella sua dimensione processuale, con sguardo disincantato e attento ad alcuni nodi interpretativi del diritto comunitario derivato – il Regolamento n. 1/2003 c.d. “di procedura” – che pur a qualche lustro di distanza rimangono ancora irrisolti. È così, segnatamente, per quel che attiene al “divieto” per i giudici nazionali di adottare decisioni “in contrasto” con quelle della Commissione, nelle liti tra imprese concorrenti, o tra queste ultime e i consumatori, a valle dell'accertamento in sede amministrativa di illeciti *antitrust*. Quale significato tecnico-processuale ascrivere all'anodina lettera dell'art. 16, Reg. CE 1/2003, di cui più che sovente si incontrano solo letterali parafrasi?

Le interpretazioni affacciate in dottrina come nella giurisprudenza dei diversi Stati membri sono assai divergenti. E questo, se da un lato è lungi dall'essere un bene, in un settore che si vorrebbe massimamente armonizzato in nome dell'efficienza (del mercato), dall'altro può rappresentare un'ancora di salvezza contro derive burocratizzanti e poco recettive al suono dei campanelli pur agitati dalla dottrina più sensibile al rispetto delle garanzie costituzionali. Che sono scosse alle loro fondamenta dal profilarsi (perlomeno nominalmente) di vincoli al giudice derivanti da accertamenti extraprocessuali da parte di organi nell'essenza amministrativi, per quanto specializzati e sovraordinati essi si (auto-)professino. Di qui la necessità di sorvegliare e vagliare criticamente e a fondo le varie proposte, mettendole a confronto.

Il secondo “settore sensibile” indagato è quello che vede coinvolti gli enti pubblici locali, proiettati nel mondo della finanza speculativa. Al momento di rassegnare queste pagine alle stampe è attesissimo un pronunciamento delle Sezioni Unite (o fors'anche

della Corte di giustizia UE) sulla sussistenza della giurisdizione italiana in merito alle controversie concernenti i contratti finanziari su derivati, stipulati da molti enti pubblici con i primari istituti di credito internazionali, senza eccezioni muniti di clausole di proroga a favore del giudice inglese. La terza parte del presente lavoro si misura con queste prospettive, ma raduna riflessioni ulteriori su temi affini: quello del riconoscimento di sentenze straniere pronunciate contro Stati esteri e connessa questione dell'ampiezza della regola, appartenente allo *jus cogens*, dell'immunità degli stati dalla giurisdizione civile; ed, infine, quello della giurisdizione e competenza per territorio del giudice italiano nei confronti di imprese straniere convenute con domande collettive *ex art. 140-bis* cod. cons., nuovo ed importante rimedio a disposizione dei consumatori il cui campo di applicazione la l. 99 del 2009 ha da ultimo e con oculata scelta esteso agli illeciti *antitrust*.

PARTE PRIMA

AZIONE PUBBLICA E PRIVATA NELLA TUTELA DELLA CONCORRENZA COMUNITARIA.

SOMMARIO: 1.- Ambito dell'indagine. 2.- La libertà di concorrenza come *Rechtsbegriff* dai confini incerti. Evoluzione del concetto nel pensiero giuridico europeo: da diritto individuale assoluto a interesse collettivo. 3.- Influsso della dottrina germanica nel pensiero giuridico italiano. 4.- Origini delle norme antitrust nei diritti nazionali e loro recezione nel Trattato di Roma. 5.- Il silenzio del diritto derivato (Reg. CE n. 17/1962) in ordine alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto a pretese derivanti dalla violazione dei divieti *antitrust*. 6.- Il riconoscimento pretorio dell'efficacia diretta orizzontale dei divieti antitrust aventi sede nel Trattato. 7.- Autonomia dei diritti nazionali e resistenze nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Il caso tedesco e inglese (la saga *Courage c. Crehan*: la legittimazione del contraente parte del negozio contrario ai divieti *antitrust* ad esperire il rimedio risarcitorio). 8.- La legittimazione sostanziale ampia conferita ai singoli dal diritto comunitario della concorrenza. Implicazioni del principio della tutela giurisdizionale effettiva sui criteri di accesso alla giurisdizione ed in particolare sull'interpretazione delle norme della *lex fori* in materia di competenza funzionale. 9.- Le ragioni del superamento del Reg. 17/1962 e la ritrovata centralità del processo civile nel sistema di applicazione binario del diritto comunitario della concorrenza "ammodernato" (Reg. CE n. 1/2003).

1.- Ambito dell'indagine.

L'ordinamento comunitario promuove e tutela la competizione tra imprese (art. 3, co. III, TfUE). Nella sua immediatezza – dacché impinge nelle fondamenta dell'Unione europea, nata come organizzazione di libero mercato² – l'affermazione che precede condiziona non di poco l'indagine che ci si propone nel seguito di svolgere.

² Taluni vi individuano tuttora il "cuore" della c.d. costituzione materiale europea: v. WEILER, *The Constitution of Europe*, (trad. it. a cura di Martines-Ninatti), Bologna, 1999, 307 ss., con casistica analisi delle tappe fondamentali di attuazione del mercato unico, scandite da altrettanti *arrêts* miliari della Corte di giustizia, nell'arco di un trentennio: notissimi i casi *Dassonville* (1974), *Cassis de Dijon* (1979),

In qual modo – entro quali limiti³ – i precetti comunitari in materia di concorrenza vadano applicati al caso concreto, da quali organi, con quali effetti e reciproche influenze (o, financo, possibili interferenze) tra le rispettive decisioni, sono tutte questioni in certa misura subordinate alla esatta definizione dell’oggetto della tutela accordata dal diritto sostanziale⁴.

Il tema del diritto o del bene (o, più ancora generalmente, degli interessi) cui volgesi lo statuto della concorrenza è peraltro, ancor’oggi, tanto dibattuto quanto vasto, ragion per cui sarebbe azzardato provare a compendiarlo in questa sede introduttiva, né può ambirsi a ciò⁵. Pure, non è dato ignorare come al pari ed anzi ancor più di altre

e Keck (1993); e già MARKERT, *Wettbewerb und Wirtschaftspolitik in der EWG*, in *La Constitution économique européenne*, La Haye, 1971, 207 ss.; v. inoltre DREXL, *Competition Law as Part of the European Constitution*, in VON BOGDANDY-BAST, *Principles of European Constitutional Law*, 2nd revised ed., Oxford-München, 2010, 659 ss..

³ Si pensi, segnatamente, alla problematica relativa alla applicazione extraterritoriale della normativa *antitrust* ed ai suoi innegabili riflessi sul piano della *adjudicatory jurisdiction*: cfr. RYNGAERT, *Jurisdiction over antitrust violations in international law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2008, *passim*, ma spec. 15-23; BARACK, *The Application of the Competition Rules (Antitrust Law) of the European Economic Community to Enterprises and Arrangements External to the Common Market*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1981, *passim*; e già MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale*, Padova, 1993, 175 ss., anche per ulteriori riferimenti.

⁴ Queste norme, giova subito premettere, sono collocate nel Capo I del Titolo VII del Trattato (“*Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni*”). Ai fini dell’indagine verranno primariamente in rilievo gli articoli 101 e 102 TFUE (*ex artt. 81 e 82 Tr. CE*, e già artt. 85 e 86 Tr. CEE, nella numerazione originaria antecedente al Trattato di Amsterdam; nel prosieguo citati secondo la numerazione in vigore all’epoca delle decisioni commentate), in tema, rispettivamente, di intese anticoncorrenziali e abuso di posizione dominante.

⁵ Chi anche di recente si è cimentato col tema, BAETGE, *Globalisierung des Wettbewerbsrechts. Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht*, Berlin, 2008, 70, ha dovuto constatare che: “was Wettbewerb ist, lässt sich nur in generellen Worten beschreiben“. *Nihil sub sole novi*, verrebbe da aggiungere, ricordando anche più risalente dottrina: v. LIGI, *Considerazioni a margine di una “nebulosa giuridica”*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 218 ss.; ed invero, assai di sovente, dopo aver denunciato l’assenza di una nozione comunitaria di concorrenza in seno al Trattato, la letteratura manualistica, specie, ma non solo, anglosassone, si limita perlopiù a darne una definizione empirica, di tipo economico: v. WHISH, *Competition Law*, 5th ed., Oxford 2005, 17 ss.; RITTER-BRAUN-RAWLINSON, *EC Competition Law, A Practitioner’s Guide*, 2nd ed., The Hague-London-Boston, 2000, 4-5; GOYDER, *EC Competition Law*, 4th ed., Oxford, 2003, 8; GLEISS-HIRSCH, *Common Market Cartel Law*, 3rd ed., Washington D.C., 1981; DABBAH, *EC and UK Competition Law*, Cambridge, 2004, 2 (“a process of rivalry between actors in the marketplace”); FAULL-NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2nd ed., Oxford, 2007, 4-40; MERKIN-WILLIAMS, *Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC*, London, 1984, 7 ss.; CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004, 5; L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007, 37; Una più accurata analisi teleologica delle norme comunitarie in materia campeggia invece in BERNINI, *Le regole di concorrenza nei Trattati comunitari*, Rimini, 1982, 16 ss.; BAROUNOS-HALL-JAMES, *EEC Anti-Trust Law. Principle*

branche del diritto comunitario, la disciplina trattatistica sia debitrice, al suo esordio, delle esperienze maturate in seno agli ordinamenti degli Stati fondatori (leggi: Germania e Francia). Il momento storico in cui essa è forgiata reclama non minor parte nella fisionomia assunta dalla costellazione.

Occorre pertanto attendere ad una breve retrospettiva, in chiave comparata, sull'evoluzione dommatica del concetto di concorrenza. Se può assumersi per dimostrato, ai nostri fini, che la concorrenza esiste in tanto in quanto *istituto giuridico*, frutto di una precisa scelta di politica economica, a favore dell'economia di mercato; se è vero che il Legislatore non è spettatore inerte di un agone fra soggetti che, in uno stato di natura, chiedono d'essere preferiti ad altri ("*cum-petere*"), bensì innesca lui stesso il conflitto, stabilendone forma e limiti⁶; cionondimeno, resta che l'opzione per il metodo competitivo è determinata da fattori contingenti, di natura pre-giuridica⁷.

L'affermarsi della funzione "sociale" della concorrenza, come disciplina a tutela (non solo) della generalità dei concorrenti ma anche degli interessi di soggetti ulteriori,

and Practice, London, 1975, 1-4; FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, *Droit européenne de la concurrence*, Paris, 1978, 7; FRIGNANI-PARDOLESI, *Fonti, fini e nozioni generali del diritto della concorrenza nella CE*, in II.DD. (a cura di), *La concorrenza*, Torino, 2006, 6 ss..

⁶ V. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di Lipari-Musu, Bari, 2000, 59 ss., 61; v. anche ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 47 ss.; l'essenza del diritto della concorrenza, come disciplina che "tutela la lotta, non la pace" (Böhm), è vivificata nell'icastica rappresentazione di ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni materiali. Istituzioni di diritto industriale*, 3° ed., Milano, 1960, 30: "Perché un gioco possa funzionare occorre che non si bari; lo stesso principio della libera concorrenza esige dunque che le modalità della concorrenza non siano poi nel caso concreto tali da contrastare con quella che costituisce la giustificazione della libertà di concorrenza e cioè con la possibilità, che questa mira ad assicurare, del trionfo dei più degni, lasciano giudice della prova il pubblico dei consumatori attraverso la preferenza concessa a questo o a quel bene nella soddisfazione dei suoi bisogni". Affiorano appena, da questo ed altri passaggi (v. *infra*, nel testo e nelle note ss.), le influenze della scuola ordoliberalista di Friburgo, cui si deve, negli anni '30, la teorica della *soziale Marktwirtschaft*, che vuole affidato allo Stato l'esclusivo ruolo di garante del mercato, onde prevenirne i fallimenti dannosi per la collettività: in tema v. LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Annali del Seminario Giuridico* (dell'Università di Catania), VI, (2004-2005), Milano, 2006, 87 ss..

⁷ IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1999, p. 19 ss., 29, dove l'A. osserva che il problema di una teoria giuridica del mercato, è di tipo "appunto storico e non logico, sta nel vedere quali istituti del diritto privato comune, e in quale misura, abbiano subito un diverso trattamento giuridico in funzione dell'economia di mercato". Cfr. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 21, nella cui più generale prospettiva "lo scopo del diritto consiste dunque nel ridurre all'etica l'economia".

che il diritto comunitario identifica segnatamente nei consumatori⁸, può essere descritto come il punto di arrivo di un processo di affrancamento da una visione puramente individualistica dell'istituto.

2. *La libertà di concorrenza come Rechtsbegriff dai confini incerti. Evoluzione del concetto nel pensiero giuridico europeo: da diritto individuale assoluto a interesse collettivo.*

Agli albori dell'età industriale e per buona parte del XX secolo, il giurista europeo misura il fenomeno, per lui nuovo, della competizione fra imprese su ampia scala con il metro del diritto privato comune: a ciò ammonta il suo arsenale concettuale.

In questa fase iniziale, che si protrae fino all'adozione delle prime leggi speciali di repressione della concorrenza sleale attorno alla metà del XX sec., a colmare un vuoto normativo "particolarmente avvertito"⁹, il problema dell'individuazione della situazione giuridica da tutelare viene risolto con ricorso al più marcato soggettivismo.

Nell'area giuridica tedesca, codesta situazione di vantaggio è fatta coincidere con un *diritto soggettivo della personalità*, appartenente all'individuo "considerato nella propria attività imprenditoriale il punto di riferimento della disciplina dei rapporti economici"¹⁰.

L'alveo non patrimoniale in cui siffatta impostazione affonda le radici ben si raccorda con la concezione conservatrice dell'uomo propria del *Bürgerliches*

⁸ I quali sarebbero a un tempo portatori di un interesse individuale e collettivo al libero svolgimento del giuoco concorrenziale, come osservato *ante litteram* da GHIDINI, *L'interet des consommateurs comme intérêt "diffus", et sa défense*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 33 ss..

⁹ DI TULLIO, *Commento sub art. 2598 c.c.*, in *Comm. breve al dir. della conc.*, a cura di UBERTAZZI, 3° ed., Padova, 2004, 1740. Nell'ordinamento italiano, come noto, le prime norme speciali interne in materia emanano dal codice civile del 1942 (artt. 2595 ss. c.c.). Va peraltro ricordato che, per effetto della ratifica della Convenzione d'Unione di Parigi del 1883, riveduta all'Aja nel 1925, ad opera del d.l. 10 gennaio 1926, n. 129 conv. con l. 29 dicembre 1927, n. 2701, era divenuto esecutivo in Italia, anche nei rapporti tra cittadini italiani, l'art. 10-*bis* Conv., recante il divieto di compimento di atti di concorrenza contrari "agli usi onesti" ("*usages honnêtes*") in materia industriale o commerciale. Quest'ultima disposizione fornì il modello per la redazione dell'art. 2598 c.c.: v. MINERVINI, *Obblighi internazionali e disciplina interna in materia di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1957, I, 237 ss..

¹⁰ JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, 5 ss., 23-24.

Gesetzbuch del 1896, autentico manifesto liberale “del ricco imprenditore, del proprietario terriero, del funzionario, quindi dell’uomo da cui si poteva pretendere di essere sufficientemente assennato ed esperto negli affari e quindi capace di muoversi razionalmente nell’ambito della propria libertà contrattuale, d’impresa e di concorrenza che stavano alla base della società borghese, nonché di proteggersi da qualsiasi danno potesse essergli arrecato”¹¹. Alla libertà goduta dai consociati in materia economica, si professa, “fa da contrappeso la necessità di un autocontrollo di natura morale, prima che di un controllo giuridico”¹².

Nei primi sostenitori della teoria soggettivistica (Gierke, Lobe, Kohler, Rosenthal), lo svolgimento di attività d’impresa deve avvenire indisturbato, al riparo di un obbligo di astensione da ogni interferenza in capo agli *omnes*, la cui violazione genera responsabilità aquiliana.

Le critiche a questo costrutto non tardano a sopraggiungere. Si fatica, in particolare, a sussumere atti direttamente lesivi dell’organizzazione aziendale (per tutti: lo storno dei dipendenti) *sub specie* di lesioni della sfera personale dell’imprenditore. Dai più si oppone che il principio del *neminem laedere*, bensì valevole in rapporto agli interessi proprietari sui singoli beni di cui si compone l’azienda, staticamente considerata, non potrebbe però venire in considerazione nell’ambito dinamico dell’*attività d’impresa*, “con la quale ogni soggetto lecitamente tende ad espandersi ed a prevalere, anche a costo del sacrificio dei soggetti con i quali entra economicamente in conflitto”¹³. Lo scopo annientatorio (“*Vernichtungszweck*”) sotteso alla libertà di espansione dell’attività imprenditoriale (“*Entfaltungsfreiheit*”), da un lato,

¹¹ ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. I. Principi fondamentali*, ed. it. a cura di A. di Majo e A. Gambaro (rist. integ. con addenda), Milano, 1998, 178.

¹² JAEGER, *op. loc. cit.*.

¹³ JAEGER, *op. cit.*, 29, ove è citato FIKENTSCHER, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlin, 1958, 214. Nello stesso senso, ASCARELLI, *op. cit.*, 30, secondo il quale “in quanto venga costituito un diritto soggettivo privato all’astensione di altro soggetto da un’attività, questa diviene illecita e conseguentemente illecita, nei confronti del soggetto a cui favore è stato costituito il diritto soggettivo, la concorrenza di colui al quale è imposta l’astensione, quale naturale conseguenza della stessa illiceità dell’esercizio dell’attività”.

l'intangibilità della posizione di vantaggio, che si vorrebbe riconosciuta al titolare di ciascuna impresa, dall'altro, darebbero vita ad un contrasto antinomico¹⁴.

Rapidamente, nel pensiero tedesco, con importanti echi nella dottrina elvetica, la situazione giuridica da tutelare contro atti di concorrenza percepiti come ingiusti si patrimonializza e, al tempo stesso, si de-assolutizza. Si affacciano le nozioni di “diritto alla posizione concorrenziale” (Kummer) e di “diritto alla *libera e leale* attività economica” (Fikentscher), che trovano ampia recezione nella giurisprudenza¹⁵, e fortuna anche altrove (così, in Italia).

L'ancoraggio al diritto subiettivo della personalità, di cui il diritto al (rispetto dell'attività di) impresa costituisce significativa porzione, appare tuttavia imprescindibile, anche nella novella costruzione. Si mira infatti a ricondurre gli atti di concorrenza sleale alla fattispecie prevista dal § 823, *Abs.* 1 BGB. E così alla violazione di un “diritto simile” (“*sonstiges Recht*”) a quelli, assoluti e tipici (vita, corpo, salute, libertà, proprietà), elencati dalla stessa norma, per i quali il § 1004 BGB appronta l'efficace rimedio inibitorio¹⁶.

Ma a dispetto del carattere strumentale (“*Hilfskonstruktion*”) dell'interpretazione propugnata¹⁷, il ponte per superare le tesi soggettivistiche attorno all'oggetto della tutela del diritto della concorrenza è ormai gettato¹⁸. Anzi, preso atto delle soverchie ragioni

¹⁴ Se tale ordine di questioni poté affacciarsi e svilupparsi perlopiù a livello teorico, ciò è probabilmente da imputare solo al fatto che, nel nascente mercato industriale, i produttori erano ancora relativamente indipendenti l'uno dall'altro.

¹⁵ Per un ampio ragguaglio, MARKENSIS, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed., Oxford, 1990, 53, che fa risalire l'origine pretoria del “*Recht am Gewerbebetrieb*” a quattro anni dopo l'entrata in vigore del BGB (1900); v. anche ZEUNER, *Historische Linien in der Entwicklung des Rechts am Gewerbebetrieb des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Verkehrssicherungspflichten*, in *VersR*, 1983, 196; ZWEIGERT-KÖTZ, *op. cit.*, II, 287 ss.. La problematica ha attratto numerosi contributi, tra cui quelli di LARENZ, CANARIS e del VON BAR, nonché l'opera monografica di BUCHNER, *Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz* (1971).

¹⁶ JAEGER, *op. cit.*, 34.

¹⁷ V. DI MAJO, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 19 ss., 25, che con riguardo alla figura giurisprudenziale in discorso ragiona in termini di “interessi economici travestiti da diritti”.

¹⁸ Sembra così frutto di voluta semplificazione il rilievo secondo cui “in Belgio, Germania e Lussemburgo [il concetto “sociale” di tutela della generalità dei concorrenti] si è affermato con l'introduzione di una disciplina speciale della concorrenza sleale” da parte di ULMER, *La repressione*

pragmatiche sottese al tratatizio combinato disposto, si combatte vigorosamente contro il sospetto che il diritto soggettivo, che lo *ius praetorium* in materia di concorrenza (frattanto in via di codificazione, anche a livello internazionale pattizio) dovrebbe tutelare, sia soltanto un orpello formale a salvaguardia delle prerogative acquisite da una ristretta cerchia di *beati possidentes*.

Nel pensiero del Kummer (egli scrive mentre è al varo la prima legge svizzera sulla repressione della concorrenza sleale) l'imprenditore non gode di alcuna protezione a fronte di una concorrenza corretta; nello svolgimento dell'attività d'impresa egli è meritevole di tutela, al pari e nella stessa misura di tutti i suoi concorrenti, nei limiti di quanto previsto da norme di diritto obiettivo¹⁹. Queste norme si rivolgono bensì agli imprenditori, destinatari delle regole di condotta, ma tutelano (anche) interessi trascendenti la loro sfera individuale.

Allorché la prima legge tedesca del 1896 contro gli atti di concorrenza sleale ("*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*") entra in vigore, la legittimazione ad esperire il previsto rimedio inibitorio avverso pratiche commerciali arrecanti un indebito vantaggio a scapito dei concorrenti ("*Wettbewerbvorsprung*") è conferita ad ogni imprenditore od associazione di imprenditori, benché non direttamente danneggiati da tali atti²⁰. E quando, nel 1965, una riforma successiva della *UWG* estende tale legittimazione alle associazioni a tutela dei consumatori ("*Verbraucherschutzverein*"), il legislatore tedesco non fa altro che recepire una conclusione attinta da quella

della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Europea. I. Diritto comparato, con proposte per il ravvicinamento delle legislazioni, Milano, 1968, 53.

¹⁹ KUMMER, *Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauter und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb*, Bern, 1960, 105 ss., cit. da JAEGER, *op. cit.*, 29 ss., che rinviene in ciò il cambiamento di prospettiva: "tali diritti sono visti come sostanzialmente identici in tutti i concorrenti. Si tratta, quindi, di situazioni che corrispondono ad un interesse collettivo degli imprenditori, i quali, al di sopra dei loro interessi (in conflitto) a battere i concorrenti nella gara, hanno in comune l'interesse a che la gara si svolga secondo criteri di regolarità e di correttezza. A questo punto, tuttavia, è evidente che solo una forzatura può portare a porre in primo piano l'aspetto individuale e soggettivo di tale interesse, la cui tutela rappresenta il riflesso dell'esigenza sociale della difesa della libera concorrenza in sé o, se si preferisce, della concorrenza come istituzione".

²⁰ CSERSES, *Competition law and consumer protection*, The Hague, 2005, 161.

giurisprudenza a partire dagli anni '30, in considerazione del superiore "interesse della collettività" a contrastare ogni deformazione della concorrenza²¹.

L'elaborazione dottrinale sull'ampia clausola generale del § 1 *UWG* (rubricato, non a caso, "*Zweck des Gesetzes*") segna, in Germania, il distacco definitivo dalle tesi subiettivistiche. L'obbligo risarcitorio derivante da atti di concorrenza sleale non consegue (più) alla lesione di un diritto soggettivo assoluto dell'imprenditore, quanto piuttosto alla violazione di norme di condotta obiettive, poste a tutela di interessi, tanto individuali quanto collettivi, di pari rilevanza per l'ordinamento²².

3. *Influsso della dottrina germanica nel pensiero giuridico italiano.*

Sotto l'influenza della dottrina tedesca, e fino all'entrata in vigore del codice civile del 1942, anche in Italia si fa strada l'idea che all'imprenditore debba essere riconosciuto un diritto soggettivo meritevole di protezione dalle altrui interferenze con la propria attività²³.

²¹ JAEGER, *op. cit.*, 50, che richiama *Reichsgericht*, 7 luglio 1914. ID., *I soggetti della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1971, I, 169 ss., 175; GHIDINI, *La legittimazione ad agire per concorrenza sleale delle associazioni dei consumatori in Germania*, in *Riv. dir. ind.*, 1965, I, 279 ss.. Non è chiaro quanto il peso della teoria schmittiana, e così l'idea di una rigida subordinazione dell'interesse dei singoli a quello della "comunità di popolo" ("*Volksgemeinschaft*") abbracciata dal regime nazionalsocialista, abbia inciso sull'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale in discorso. Osserva peraltro JAEGER, *Valutazione comparativa*, cit., 50, nt. 107 che, in luogo della formula dell'"interesse pubblico", a partire dal primo dopoguerra il Tribunale federale prese ad utilizzare la locuzione virgolettata nel testo. Per un resoconto circa l'impatto dell'imperante ideologia dell'epoca sull'interpretazione delle *Generalklauseln* di fonte codicistica v. MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 46 ss..

²² JAEGER, *op. cit.*, 35, che sottolinea l'importanza del richiamo ai "buoni costumi" ("*guten Sitten*") contenuto nella versione originaria del § 1 della legge per far propendere la dottrina tedesca a sussumere gli atti di concorrenza sleale nella fattispecie prevista dal comma secondo del § 823 BGB; cfr. KÖHLER, *Commento* sub § 1 *UWG*, in KÖHLER -BORNKAMM, *Wettbewerbsrecht*, 25. Auf., München, 2007, 106-107, il quale osserva che "...allerdings begründet das Wettbewerbsrecht keine entsprechenden subjektiven Rechte der Mitbewerber, und zwar auch nicht beim ergänzenden Leistungsschutz. Vielmehr stellt es objektive Verhaltensnormen auf, deren Verletzung Ansprüche der verletzten Mitbewerber sowie der Verbände und Kammern auslöst". L'A. rileva altresì che l'interesse generale, campeggiante fra quelli tutelati dalla legge, sia *qualificato*: rileverà infatti solo l'interesse generale ad una concorrenza non falsata ("*das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb*") e non un qualunque interesse pubblico.

²³ JAEGER, *op. cit.*, 38.

L'opinione prevalente, peraltro, è orientata nel senso che tale posizione abbia natura squisitamente patrimoniale, pur non mancando assertori della nota tesi del diritto della personalità. Il bene giuridico da tutelare è così variamente individuato nella clientela (Vivante, Greco, Auletta); nell'impresa o nell'azienda, come entità distinte dalla *universitas* dei beni che le compongono (Ferrara jr.); fino a "sublimare" nella immaterialità dell'avviamento (Rotondi). Su tali beni, si ritiene volta in volta, l'imprenditore vanterebbe un diritto assoluto, analogo ai diritti di marchio o di brevetto, opponibili *erga omnes*²⁴.

Anche in Italia, come in Germania, l'individuazione del bene protetto appare strettamente avvinta alla problematica del referente normativo, donde far discendere la responsabilità del concorrente "unfair". Sennonché, a differenza che in Germania, il dibattito si svolge su un piano notevolmente più astratto, che vede schierati due opposti orientamenti a contendere una disputa sulla tipicità dell'illecito nell'ordinamento giuridico, essa pure di ascendenza germanica, e sulla natura di norma "primaria" dell'art. 1151 cod. civ. 1865, quale fonte generale (e autonoma, non occorrendo la violazione di una diversa norma *ad hoc*) della repressione delle pratiche commerciali sleali e del conseguente obbligo risarcitorio²⁵.

È però alla giurisprudenza in materia che bisogna guardare per cogliere la cifra di originalità del modo di intendere l'istituto della concorrenza nel nostro paese.

²⁴ V. MANGINI, in AULETTA-MANGINI, *Commento* sub art. 2598, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1973, 137-144.

²⁵ JAEGER., *op. cit.*, 39. La materia del contendere era peraltro destinata a venir meno a seguito della ratifica dell'art. 10-bis, Conv. Aja del 1925 (v. *supra*, nt. 8), nel quale anche i sostenitori della teoria della tipicità dell'illecito avrebbero rinvenuto la norma primaria obiettiva, necessaria a qualificare come illeciti gli atti di concorrenza sleale "onde reprimerli poi in forza della disposizione generale" dell'art. 1151 cod. civ. 1865. Nel senso che l'illecito civile non conseguirebbe soltanto alla lesione di un diritto soggettivo, v. peraltro SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043 cod. civ.*, in *Foro pad.*, 1960, I, 1420 ss.; GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 5 ss.; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1991, 6 ss.; TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 90 ss., spec. 94 ss., critico altresì nei riguardi del "diritto sulla clientela", perché "a tale 'diritto' mancherebbe un carattere che ha storicamente costituito il nucleo della nozione di diritto soggettivo: il carattere 'attributivo' di beni, dal quale dovrebbe derivare la responsabilità per qualsiasi lesione volontaria indipendentemente dai mezzi impiegati". Sulla non configurabilità di un diritto assoluto sulle "relazioni" commerciali, intrattenute dall'impresa con il pubblico dei consumatori, si era già espresso, del resto, anche CARNELUTTI, *Proprietà della clientela*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 330 ss..

Con rare eccezioni, rivelatrici dello sforzo di enucleare una disciplina settoriale unitaria, “fortemente specializzata in armonia con le esigenze imprenditoriali”, sull’esempio francese²⁶, l’indirizzo giurisprudenziale prevalente mutua apertamente modelli ispirati a “prospettive giuspubblicistiche e penali in particolare”²⁷.

Il dato è assai rilevante. Nell’ambito di un’impostazione eminentemente individualistica della tutela *in subiecta materia* (a beneficio del singolo imprenditore, della singola impresa), la libertà di concorrenza “si riconosce fondata su rapporti di diritto pubblico”. L’azione risarcitoria per concorrenza sleale, promossa ai sensi dell’art. 1151 cod. civ. 1865, è sovente equiparata all’azione di “*rifacimento dei danni*”, esercitabile dalla parte civile nel processo penale (per contraffazione, diffamazione, etc.)²⁸. La tutela dei privati, saldamente rimessa all’iniziativa individuale, è accordata in ragione di valori di diritto oggettivo, che non si esauriscono nella somma degli interessi del ceto imprenditoriale²⁹.

Nuova linfa a favore della rilevanza pubblicistica dell’istituto della concorrenza e degli interessi extraimprenditoriali da esso tutelati veniva poi dalla ratifica dell’art. 10-

²⁶ Colà si ragionava infatti da tempo, bollata come superflua o troppo restrittiva la tesi della lesione di un diritto soggettivo, in termini di “abuso” od “uso eccessivo di una libertà civile” (Josserand, Roubier), da iscriversi nel paradigma dell’art. 1382 *Code Napoléon*: v. JAEGER, *op. cit.*, 36, e nt. 64, con ult. riff. dottrinali; nonché ULMER, *op. cit.*, 59 ss.; minoritaria rimase invece sempre la tesi del diritto soggettivo al “*fonds de commerce*” (Ripert).

²⁷ Con citaz. giurisprudenziali, GHIDINI, *La concorrenza*, in GHIDINI-LIBERTINI-PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, *Tr. dir. comm. e dir. pubbl. economia*, dir. da GALGANO, vol. IV, Padova, 1981, 76 ss., 77, che evidenzia come l’indirizzo “a lungo complessivamente prevalente nella nostra giurisprudenza, non soltanto considera l’aspetto personale piuttosto che gli obiettivi risultati dell’attività imprenditrice (si risponde per “frodi e malizia” anziché per oggettivi pregiudizi arrecati); ma la tutela viene fortemente condizionata, e per così dire ancorata, ai canoni della legge comune, in una visione della concorrenza come strumento di utilità generale ... al di fuori di ogni “riduzione” professionale. E l’aggancio ai modelli penalistici fonde (e conferma) questa duplice prospettiva, in un riferimento normativo di cui sono appunto tipici sia la connotazione personalistica dell’*agere licere* sia la giustificazione pubblicistica della tutela degli interessi privati”.

²⁸ GHIDINI, *op. cit.*, 76. V. anche LIGI, *op. cit.*, 222, secondo il quale l’interesse protetto dalla disciplina della concorrenza si potrebbe qualificare come “diritto soggettivo pubblico, cioè come un potere affidato al soggetto privato per la tutela non solo di un suo interesse ma anche di un solidale interesse pubblico”.

²⁹ I detrattori di questa tesi potrebbero obiettare che proprio in materia di frode in commercio e di indicazioni pubblicitarie ingannevoli era in Francia prevista l’*action penale* ad esercizio del pubblico ministero. Ma in tutte quelle ipotesi, si noti, previa “*constitution en partie civile*”, il danneggiato avrebbe potuto cumulare nel giudizio penale la propria domanda risarcitoria, col solo onere di provare l’individualità e l’immediatezza del pregiudizio arrecatogli da tali atti di “*concurrence déloyale*”.

ter Conv. d'Unione di Parigi, come modificata a l'Aja nel 1925, che faceva obbligo agli Stati firmatari di “*adottare provvedimenti atti a permettere a sindacati e associazioni rappresentanti gl'industriali, i produttori o i commercianti interessati ... di agire in via giudiziaria o amministrativa per la repressione degli atti previsti negli articoli 9, 10, e 10-bis*”, ancorché, come si vede, la legittimazione sostanziale fosse testualmente conferita a gruppi di interesse espressivi della sola categoria imprenditoriale.

La riflessione, tuttavia, era destinata a sopirsi col sopraggiungere della stagione corporativa, la cui impronta dirigistica lascia traccia tuttora nel testo dell'art. 2595 c.c. vigente.

Non v'è da stupirsi, pertanto, che lo stimolo alla ripresa del dibattito circa gli interessi tutelati dalla normativa sulla concorrenza (e correlato problema della legittimazione sostanziale all'esperienza dei rimedi risarcitori, inibitori, ripristinatori) venisse nuovamente da una fonte internazionale, sia pur sullo sfondo dell'art. 41 della Costituzione repubblicana, ispiratore di altrettante aperture. L'art. 10-*bis*, co. III, n. 3, Conv. d'Unione di Parigi, come emendata a Lisbona nel 1958, aveva infatti introdotto, in via generale, il divieto di indicazioni idonee a “*trarre in errore il pubblico sulla natura, il modo di fabbricazione, le caratteristiche, l'attitudine all'uso o la qualità delle merci*”. A differenza delle consuete norme di condotta, tipicamente volte a dirimere conflitti intersoggettivi fra imprenditori concorrenti, la fattispecie in discorso (originario formante della disciplina comunitaria in tema di pubblicità ingannevole) portava in primo piano un potenziale conflitto tra l'imprenditore ed il pubblico indistinto: se ne desumeva che l'interesse protetto dalla norma sarebbe stato anche e specie quello dei consumatori³⁰.

La massima spinta giurisprudenziale all'affermazione della rilevanza dello statuto della concorrenza sul piano degli interessi collettivi, oltre che individuali – la c.d.

³⁰ Per tutti, SANTAGATA, *Le nuove prospettive della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 141 ss., 146; SCHLESINGER-VANZETTI, *Aspetti privatistici delle cosiddette “vendite a premio”*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1966, 175; MANGINI, *op. cit.*, 144, nel senso che la funzione dell'istituto della concorrenza sleale sia quella di tutelare “insieme a quelli degli imprenditori concorrenti, anche gli interessi dei consumatori e dell'economia in generale”. *Contra*: GUGLIEMMETTI, *Violazione di norme di diritto pubblico e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 249 ss., 274.

“*doppelter Interessenschutz*” di cui parla la dottrina tedesca –, assumeva le sembianze di una questione di legittimità dell’art. 2601 c.c., per ritenuto contrasto con l’art. 3 Cost., nella parte in cui la norma non avrebbe esteso la legittimazione sostanziale a promuovere le azioni repressive della concorrenza sleale alle associazioni consumeristiche³¹.

Il laconico responso della Corte Costituzionale³², nel fondare la manifesta inammissibilità della questione sulla duplice premessa che le associazioni consumeristiche avrebbero fatto valere interessi “*del tutto estranei alla correttezza dei rapporti economici di mercato*” e che, in ogni caso, sarebbe spettato al Legislatore ordinario “*apprestare per il consumatore adeguati strumenti di salvaguardia ... prevedendo e le forme e l’ambito di azioni specifiche, sul modello di quelle contemplate dalle legislazioni tedesca e svizzera in favore delle associazioni dei consumatori*”, lungi dal segnare il tramonto della tesi della rilevanza pubblicistica dello statuto della concorrenza sleale, ha fornito lo sprone ulteriore per sollecitare un intervento legislativo in tal senso, a lungo atteso³³.

³¹ Trib. Milano, ord. 7 febbraio 1980, in *Giur. cost.*, 1982, II, 74, con nota di SPOLIDORO, *Costituzione e limitazioni soggettive della legittimazione ad agire per concorrenza sleale*.

³² C. Cost., ord. 21 gennaio 1988, n. 59 – Pres. Saja; rel. Casavola, in *Foro it.*, I, 1988, 2158, nt. critica COSENTINO, *L’art. 2601 c.c. e la tutela dei consumatori al vaglio della Corte Costituzionale*. Cfr. GHIDINI, *Della concorrenza sleale, artt. 2598-2601*, in *Comm. cod. civ.*, dir. da SCHLESINGER, Milano, 1991, 469. L’inidoneità dell’argomento teleologico a superare gli indici testuali della natura corporativistica della disciplina della concorrenza sleale onde allargare le maglie della legittimazione sostanziale a soggetti appartenenti a categorie diverse da quella dei concorrenti è stata ribadita, più recentemente, da CACCIATORE, *Concorrenza sleale e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. impr.*, 2005, 283 ss..

³³ E limitato, inizialmente, alla attribuzione, in capo alle associazioni rappresentative dei consumatori, di un potere di denuncia delle infrazioni della disciplina *antitrust* all’Autorità Garante della concorrenza e del mercato *ex art. 12, co. I, l. 287/1990* (come modificato ad opera del d. lgs. 25 gennaio 1992, n. 74), lasciando di contro precluso l’accesso al giudice ordinario: v. PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 647 ss., 660-661. In tema v. anche, oltre al *Libro verde* della Commissione europea del 16 novembre 1993, tra i primi e più propositivi contributi, GENTILI, *Sull’accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 2000, 680 ss.; CAPPELLETTI, voce *Accesso alla giustizia*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; CAPPONI, *L’accesso alla giustizia dei consumatori*, in CAPPONI-GASPARINETTI-VERARDI, *La tutela collettiva dei consumatori*, Napoli, 1995, 233 ss.; ALPA, *L’accesso alla giustizia e la tutela degli interessi diffusi*, in *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986.

4. *Origini delle norme antitrust nei diritti nazionali e loro recezione nel Trattato di Roma.*

Premessi questi brevi cenni introduttivi sulla nascita ed evoluzione del diritto della concorrenza nei rapporti interprivati, in cui i concorrenti vengono in rilievo come titolari di posizioni giuridiche soggettive minacciate o lese da atti di concorrenza portata slealmente; rilevato, nondimeno, come nel tempo si sia riconosciuto a tale disciplina, talvolta *de lege lata*, di servire anche interessi metaindividuali, riconducibili ad una più ampia cerchia di soggetti (dei consumatori in particolare), oltre al concorrente direttamente danneggiato; può ora approcciarsi il *proprium* della trattazione, e così lo studio delle regole che, nell'ordinamento comunitario, si propongono di preservare la (libertà di) concorrenza in sé, quale istituzione o “dover essere” del mercato, ovvero, secondo la definizione accolta dal Trattato UE, quale condizione di mercato in cui nessun operatore è in grado di influenzare, con effetti indebitamente restrittivi, il “*commercio tra Stati membri*” (artt. 101 e 102 TfUE).

Non è questo il luogo per dar conto delle fondamenta prettamente economiche della disciplina in parola, la cui finalità può comunque rintracciarsi nel far sì che domanda e offerta tendano all'incontro in un punto, il più prossimo possibile all'equilibrio ideale, senza scontare la “perdita secca”, vale a dire quelle inefficienze allocative che avrebbero a manifestarsi per effetto della collusione tra imprese o di abusivo sfruttamento della posizione di dominanza da parte di una singola impresa che versi, di diritto o di fatto, in tal situazione.

Sovverrà, peraltro, una notazione etimologica (più efficace, credesi, agli occhi del giurista). Nella prassi diplomatica internazionale, a partire dal XVI sec., con il termine “*cartel*” (lat.: *charta*; *charter*, *Kartell*) presero a indicarsi le convenzioni stipulate fra gli Stati in guerra finalizzate alla disciplina di specifiche materie, quali ad esempio lo scambio dei prigionieri³⁴. Ebbene, l'idea che patti di fiducia stipulati tra imprese

³⁴ Lo ricordano PROSPERETTI-SIRAGUSA-BERETTA-MERINI, *Economia e diritto antitrust. Un'introduzione*, Roma, 2006, 45, nt. 12, ove più diffusamente trattati, in chiave giuseconomica, oltre alle intese restrittive della concorrenza, cui si riferisce la metafora nel testo, sono anche gli ulteriori fenomeni

“belligeranti” e che tali dovrebbero costantemente rimanere, possano sottendere più o meno prolungate tregue per la mutua convenienza, a tutto svantaggio della collettività e del mercato però, si ritrova alla base del divieto di intese sancito da tutte le moderne legislazioni *antitrust*³⁵.

Proprio la *scaturigine negoziale* dei cartelli, tuttavia, sembra aver contribuito per lungo tempo, in Europa, nell’inerzia dei legislatori nazionali, a deviare l’attenzione di dottrina e giurisprudenza, che pure vi venivano sporadicamente a contatto, dalla loro (ben più rilevante) dimensione pubblicistica, o quanto meno ad offuscare i contorni dell’insieme dei potenziali “controinteressati”.

Pacifico era ritenuto ad esempio che due o più imprese potessero legittimamente dar vita ad un cartello o aderire ad un contratto di cartello stipulato *inter alios*, finalizzato a contingentare le rispettive produzioni, fissare i prezzi di vendita ovvero, ottenendo il medesimo risultato, a canalizzare le vendite mediante un agente comune³⁶. Allorché una delle imprese contraenti avesse mancato di tener fede agli obblighi assunti,

contemplati dalla disciplina *antitrust* comunitaria, vale a dire le concentrazioni tra imprese e l’abuso di posizione dominante. Abbondano i contributi della scienza economica in materia. Tra quelli anche in seguito citati, v. BISHOP-WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 2002; KLEIT (ed.), *Antitrust and Competition Policy*, Chaltenham-Northampton, 2005; KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, London, 2004; POSNER, *Antitrust Law*, 2nd ed., Chicago-London, 2001; criticamente sull’impatto dell’analisi economica sulle regole giuridiche in materia, MUELLER, *Antitrust economics and “the flying Dutchmen”: how economics ruined antitrust in Reagan’s 1980s*, in *Antitrust Bull.*, 2008, 1 ss., il quale riporta curiosamente un’ulteriore nota storiografica: “in 1215 an English court roundly denounced price-fixing by a local dyers guild on the obvious grounds that, as a plain theft against the public, it was unfair and thus contrary to all the basic premises of English law”.

³⁵ Si afferma infatti che: “Nulla può certo costringere le imprese a battersi per la conquista del mercato: ma non è loro consentito di impegnarsi a non farlo, rinunciando al pieno esercizio di quella libertà che il legislatore comunitario ha considerato come la prima e fondamentale premessa per la migliore utilizzazione delle risorse economiche”: così, PAPPALARDO, voce *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, 1988, Torino, 357 ss., 363, con richiamo a C. giust., sent. 16 dicembre 1975, nelle cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113-114/73. Nel senso che “le norme del diritto delle intese ... perseguono precisi fini di politica economica: impedire, cioè, nell’interesse della libertà di concorrenza, abusi di posizione dominante e atti discriminatori”, v. ULMER, *op. cit.*, 69.

³⁶ Indiretta testimonianza di ciò è anche in ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 280-281, che annovera la causa di accertamento dell’esistenza ed efficacia di un contratto plurilaterale di cartello tra le ipotesi di litisconsorzio necessario.

quest'ultima si sarebbe resa responsabile di inadempimento e passibile di condanna alle penali per solito fissate dall'accordo tra i paciscenti.

L'eccezione, secondo cui la libertà d'impresa ("Gewerbefreiheit") avrebbe subito una indebita compressione a cagione del vincolo partecipativo nel cartello, veniva respinta in forza del prevalente principio del rispetto della libertà negoziale ("Vertragsfreiheit") manifestata dall'impresa contraente all'atto dell'adesione³⁷.

Persino quando, negli anni successivi alla depressione economica del 1873, la fede nel liberismo e nella predicata autosufficienza del mercato iniziò a vacillare, e a serpeggiare il sospetto circa l'effettiva rispondenza dei cartelli all'interesse generale³⁸, le lenti civilistiche attraverso cui si era sempre guardato al fenomeno furono lungi dall'essere dimesse. In occasione del Congresso biennale dei giuristi tedeschi del 1904, incentrato sul tema dei cartelli industriali, di crescente interesse anche fra i giuristi dell'impero asburgico, in quegli anni teatro di grandi riforme sociali ed economiche, lo stesso Franz Klein aveva a stilare una risoluzione del seguente tenore:

“il Congresso dei giuristi ritiene che l'ordine delle questioni trattate con riguardo al fenomeno dei cartelli ed alla loro attività attenga essenzialmente all'ambito della politica economica ed amministrativa. Ritiene, tuttavia, irrinunciabile una tutela statale effettiva contro innalzamenti dei prezzi artificiali, privi di una giustificazione

³⁷ GERBER, *Law and competition in 20th century Europe*, Oxford, 2001, 90 ss.; ivi il riferimento all'*arrêt* del *Reichsgericht* tedesco del 4 febbraio 1897 relativo al cartello dei produttori di pasta di legno della Sassonia, che dichiarò legittima l'imposizione della sanzione privata irrogata dall'organizzazione dei produttori nei confronti di un'impresa, la quale, in violazione degli accordi di cartello, si era risolta a vendere autonomamente le proprie merci. *In obiter* si affermò peraltro che un contratto di cartello avrebbe potuto ritenersi illecito ove il suo scopo (o il suo effetto) fosse stato quello di istituire un monopolio per lo sfruttamento del pubblico ("wucherische Ausbedeutung"). In termini di una riduzione pretoria della problematica della libertà di concorrenza alla più angusta questione privatistica della validità delle clausole di non concorrenza si esprime NÖRR, *Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1994, 17. Cfr. ASCARELLI, *op. cit.*, 32, che, rilevata anch'egli l'insufficienza di tale inquadramento dogmatico, osserva che il problema delle intese restrittive della concorrenza è "diverso da quello generale suscitato dai limiti convenzionalmente posti alla libertà di contrattare ... che, in definitiva, attiene alla stessa tutela dei paciscenti, e non invece alla tutela della libertà di mercato (e così, alla fine, dei terzi)".

³⁸ V. GERBER, *The Origins of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria*, in *Am. Journ. of Legal History*, 1992, 405 ss., 430, con ricca retrospettiva sulle condizioni politiche ed economico-sociali del tardo impero austro-ungarico, in cui maturarono le teorie esposte nel prosieguito.

*economica e suscettibili di incidere sulle classi più deboli, e contro la preservazione di analoghe libertà di coalizione ove sfruttate dalle imprese a danno dei lavoratori. Per quanto concerne la disciplina dei cartelli, l'Assemblea ritiene necessario che in tale ambito le norme vigenti ed i principi del diritto privato trovino piena applicazione e che chiunque debba poter godere di tutela per i suoi interessi e la sua personalità, al pari che in qualunque altro rapporto giuridico*³⁹.

Laddove la natura metaindividuale degli interessi suscettibili d'essere pregiudicati dalle intese (in particolare, sui prezzi) trovava espresso riconoscimento, la "tutela statale" di tali posizioni sarebbe stata ottenuta solo indirettamente, la legittimazione sostanziale ad avvalersi della sanzione privatistica dell'invalidazione spettando a "chiunque" (tra i paciscenti) la cui "personalità" (libertà di impresa) fosse stata danneggiata a cagione della partecipazione al cartello.

È nel contesto di tale dibattito, preso realisticamente atto dell'insufficienza dei rimedi civilistici a proteggere la più vasta congerie degli interessi in gioco, che germinò l'idea di un intervento pubblico maggiormente incisivo (*in nuce* una simile proposta era contenuta già nella risoluzione di F. Klein sopra ricordata).

L'ipotesi di introdurre un sistema di sanzioni penali per contrastare le coalizioni tra imprese ("*Unternehmerkoalition*"), le quali, in concreto, si fossero atteggiate a monopolio, con artificiose imposizioni di prezzo, fu tuttavia presto accantonata. La concezione, collimante con le politiche protezionistiche dell'epoca, secondo cui i cartelli industriali non sarebbero stati necessariamente di nocumento all'economia

³⁹ F. KLEIN, *Referat über die Kartellfrage auf dem Deutschen Juristentage*, Innsbruck, 1904, in ID., *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, Vienna, 1927, 249: "Der Juristentag ist der Ansicht, dass die Ordnung der Fragen, die bisher durch den Kartellierungsprozess und die Tätigkeit der Kartelle hervorgerufen wurden, hauptsächlich der Verwaltungspolitik und der Wirtschaftsgesetzgebung zufällt. Er hält jedoch rasch eingreifenden und tunlichst wirksamen staatlichen Schutz gegen übertriebene, wirtschaftlich ungerechtfertigte Preissteigerungen, zumal gegen solche, wodurch die Wirtschaft der minder bemittelten Klassen empfindlich getroffen wird, und die Bewahrung der gleichen Koalitionsfreiheit, welche die Unternehmer genießen, an die Arbeitnehmer für unerlässlich. Was die eigentliche Behandlung der Kartelle anlangt, so hält der Juristentag die gesetzliche Anerkennung des rechtsgültigen Bestandes der Kartelle für notwendig und ist der Überzeugung, dass auch im Bereiche des Kartells Normen und Beist des herrschenden Privatrecht uneingeschränkt zur Herrschaft können und jedermann hier den vollen und gleichen Schutz seiner Interessen und seiner Persönlichkeit genießen müsse wie im übrigen Rechtsverkehre".

nazionale, e che solo un'indagine caso per caso, avuto riguardo ai loro effetti sul mercato, avrebbe permesso di apprezzarne l'eventuale illiceità (*rectius*: immeritevolezza), era infatti ben radicata. L'attrazione del fenomeno nella sfera penale, si paventava, oltre a delegare complesse indagini economiche ad un giudice del tutto avulso da quel genere di questioni – è un *Leitmotiv* ricorrente tutt'oggi, a ben vedere –, avrebbe posto non poche difficoltà nel delineare una fattispecie conforme ai principi di tipicità e di tassatività del reato⁴⁰.

Si avanzava così la proposta (dagli austriaci A. Menzel e F. Klein, e dal tedesco Schmoller, in termini sostanzialmente omogenei) di adottare un modello “flessibile”, incentrato su un controllo di tipo amministrativo. Una commissione *ad hoc*, munita di appositi poteri ispettivi, avrebbe assunto tutte le informazioni necessarie su oggetto ed effetti dei cartelli esistenti (questi ultimi da registrarsi in pubblici elenchi), onde imporre autoritativamente lo scioglimento in caso di comprovato abuso del loro potere economico⁴¹.

Nelle sue linee di fondo, questa proposta veniva recepita dalla Ordinanza contro l'abuso di posizioni di potere economico (“*Verordnung gegen Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen*”) tedesca del 1923. Tale atto si proclamava finalizzato ad impedire che “*l'economia generale o il bene collettivo*” potessero essere minacciati da entità economiche rilevanti, individuate nei “*sindacati, cartelli, convenzioni e simili forme di contratti*”⁴². Il legislatore tedesco, in buona sintesi, aveva codificato, ad un

⁴⁰ GERBER, *op. ult. cit.*, 422, che riporta testualmente le perplessità espresse da MENZEL, *Referat über die wirtschaftlichen Kartelle und die Rechtsordnung*, in *Schriften des Vereins für Sozialpolitik* (1895). Problema non lontano, a ben vedere, da quello che si ripropone oggi in relazione all'applicazione, demandata ai giudici nazionali, dell'art. 101, co. III, TfUE (*ex art. 81, co. III, Tr. CE*), per quanti almeno ritengano che tale norma, stante l'indeterminatezza della fattispecie, sottenderebbe l'esercizio di un potere discrezionale incompatibile con la funzione giurisdizionale. Su ciò v., diffusamente, *infra*, cap. successivo.

⁴¹ *Ibid.*, 429 ss.; nonché ID., *Law and competition in 20th century Europe*, cit., 101 ss..

⁴² IMMENGA-MESTMÄCKER, *Einleitung*, in *Il.DD., Kommentar zur Kartellgesetz*, 2a ed., München, 1992, 43-44; AMMANNATI, *Il sistema tedesco di tutela della concorrenza. Un modello consolidato alla prova dei tempi*, in ID., a cura di, *La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità di garanzia*, Padova, 1998, 12 ss., 15. La nullità delle clausole del cartello, in caso di sfruttamento abusivo del potere economico collettivamente detenuto dalle imprese partecipanti, sarebbe

ventennio di distanza, l'antico *obiter dictum* del *Reichsgericht* del 1897, prestando piena adesione al c.d. *Missbrauchprinzip*: e così al riconoscimento, in via generale, della liceità dei cartelli, salvo accertamento successivo della loro finalità abusiva⁴³. Alquanto diversa, giova premettere, sarebbe stata la posizione assunta dalla delegazione tedesca in occasione dei negoziati che scandirono il processo di unificazione europea, all'indomani del secondo conflitto mondiale.

Era apparso subito chiaro, infatti, che gli Stati Uniti non avrebbero sostenuto la ricostruzione in assenza di idonee garanzie, su base stipulativa, volte ad impedire un nuovo fenomeno di cartellizzazione dell'economia degli Stati continentali (fenomeno di cui proprio la *Zwangkartellgesetz* tedesca del 1933 era stata l'emblema, avendo essa istituzionalizzato i cartelli tra le imprese operanti nei settori industriali nevralgici)⁴⁴.

L'apporto della dottrina giuseconomica statunitense era stato tangibile, in particolar modo, nella redazione dell'art. 65 del Trattato CECA, firmato a Parigi il 18 aprile 1951 dai rappresentanti di Francia, Germania, Belgio, Lussemburgo, Olanda e Italia. Con impostazione opposta rispetto a quella della legge tedesca del 1923 (v. *retro*, *sub* § 4), questa norma prevedeva infatti, in via generale, il *divieto* di qualsivoglia accordo fra imprese o di pratiche aventi effetti indebitamente restrittivi sulla concorrenza nel settore carbo-siderurgico. L'Alta Autorità istituita dal Trattato avrebbe peraltro potuto esercitare un potere autorizzatorio onde eccezionalmente rimuovere il limite all'esecuzione degli accordi (da sottoporre obbligatoriamente al suo vaglio

stata dichiarata dal Tribunale dei cartelli ("*Kartellgericht*") istituito dalla medesima legge, in composizione collegiale, formata da tre magistrati e due laici rappresentanti dell'industria.

⁴³ A riprova della diffusione dei cartelli industriali, anche in ambito internazionale, può ricordarsi che, a distanza di soli pochi anni dall'entrata in vigore della legge tedesca cit. nel testo, e così nel 1926, i rappresentanti dell'industria siderurgica di Francia, Germania, Belgio e Lussemburgo diedero vita ad un cartello denominato Comunità dell'acciaio ("*Entente internationale de l'Acier*"), destinato a dissolversi nel settembre del 1930: v. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla costituzione europea*, Milano, 2005, 27 ss..

⁴⁴ *Id.*, *op. cit.*, 52 ss..

preventivo) che avessero apportato un significativo miglioramento alle condizioni di produzione, senza comportare soverchie limitazioni della concorrenza⁴⁵.

Le maggiori frizioni ideologiche si registrarono, tuttavia, con l'avvio dei negoziati per il Trattato di Roma del 1957, allorché si trattò di coniare le nuove regole sulla concorrenza applicabili alle imprese in generale. La Francia, da un lato, si era da poco dotata, nel 1953, di una legge *antitrust* in omaggio al noto *Missbrauchprinzip*. I rappresentanti della Repubblica federale tedesca, dal canto loro, pur consapevoli della disputa in seno alla dottrina tedesca in ordine all'opportunità di introdurre una legislazione *antitrust* orientata al diverso e incondizionato *Verbotprinzip*, avanzavano la proposta, dichiarata imm modificabile, di inserire nel Trattato comunitario un radicale divieto di intese anticoncorrenziali, senza eccezioni di sorta⁴⁶.

L'*empasse* fu superato, come di sovente, grazie a un compromesso, il cui contenuto è confluito poi nel testo dell'art. 88 Tr. CEE (attuale art. 104, TfUE)⁴⁷. Da un lato, si prevedeva che le modalità di applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza (artt. 85 e 86 Tr. CEE) sarebbero state definite da un successivo Regolamento comunitario. Dall'altro, in via transitoria, gli Stati membri, mediante i loro organi (amministrativi, giurisdizionali), avrebbero autonomamente "*deciso in merito all'ammissibilità di intese e allo sfruttamento abusivo di una posizione dominante nel*

⁴⁵ V. GERBER, *op. ult. cit.*, 335 ss., che ricorda il coinvolgimento, quasi fortuito, nella redazione dell'art. 65 Tr. CECA del prof. Robert Bowie, docente di diritto *antitrust* all'università di Harvard, segnalato a Jean Monnet dall'Alto Commissario degli Stati Uniti per la Germania, John McCloy. Nell'ampia fattispecie dell'art. 65 Tr. CECA confluivano sia condotte qualificabili come illeciti *antitrust* in senso stretto, sia condotte di concorrenza sleale: a conferma, secondo JAEGER, *op. cit.*, 135, della "interferenza, quantomeno parziale, delle due discipline e della conseguente impossibilità di assumere a criterio distintivo tra di esse la contrapposizione tra tutela di interessi privati e difesa di interessi collettivi". Cfr. ZIMMERMANN, *Commento* sub Art. 60 Tr. CECA, in QUADRI-TRABUCCHI-MONACO (dir. da), *Comm. Tr. ist. Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*, Milano, 1970, Vol. II, 784, per il quale "la limitazione del divieto comunitario al settore delle condizioni di vendita riserva però alle disposizioni nazionali ancora una notevole sfera d'applicazione nei confronti delle imprese carbo-siderurgiche per quanto riguarda altre pratiche illecite in materia di concorrenza".

⁴⁶ L. F. PACE, *op. cit.*, 91 ss..

⁴⁷ *Ibid.*, 99. La soluzione di compromesso, elaborata dal sottogruppo per le norme sulla concorrenza, è attribuita al tedesco Hans von der Groeben, che lo presiedeva. Esponente della scuola ordoliberal di Friburgo, e già fra i redattori del Rapporto Spaak del 1955, egli fu in seguito insignito della guida della Direzione Generale della Concorrenza in seno alla Commissione europea.

mercato interno, in conformità del diritto nazionale interno e delle disposizioni dell'articolo 81, in particolare del paragrafo 3, e dell'art. 82".

La successiva definizione delle modalità applicative delle norme convenzionali ad opera del diritto comunitario derivato e l'apporto fondamentale dell'*acquis* giurisprudenziale in materia offrono un'eccellente banco di prova per rispondere all'interrogativo iniziale, su natura e titolarità degli interessi tutelati dalle norme di concorrenza. Sullo sfondo, il rapporto tra diritto comunitario sostanziale uniforme e diritti (sostanziali e processuali) degli Stati membri, portatore di ulteriori ed arricchenti prospettive, che non si mancheranno a tempo debito di evidenziare.

5. *Il silenzio del diritto derivato (Reg. CE n. 17/1962) in ordine alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto a pretese derivanti dalla violazione dei divieti antitrust.*

Il Trattato CEE, come noto, non contempla(-va) la possibilità di azioni individuali dei singoli, avanti ai giudici nazionali, a fronte di violazioni delle norme sulla concorrenza. A differenza delle regole di stampo tipicamente sopranazionale in materia di aiuti di stato, rivolte agli Stati membri, tuttavia, le norme sulla concorrenza avevano come dirette destinatarie le singole imprese. Ciò, oltre a fare del Trattato di Roma una assoluta primizia in campo internazionale, aveva dato adito a notevoli incertezze in ordine all'azionabilità di quelle stesse disposizioni nei rapporti interpretati (c.d. efficacia diretta orizzontale)⁴⁸.

⁴⁸ V. HOLMES, *Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, 25 ss., 25: "The so-called 'founding fathers' of the Community, who drew up the Treaty of Rome did not address the concept of private enforcement when setting out the two limbs of EC competition policy, namely: the ban on anti-competitive agreements ... and the ban on abuses of dominant market positions"; MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstoßen gegen das europäische Kartellverbot – "Courage" und die Folgen*, in *EuR*, 2003, 825 ss., 833: "Art. 81 EGV schweigt über die Rechtsfolgen eines Kartellverstoßes im horizontalen Verhältnis zwischen den Kartellmitgliedern und Dritten"; MAITLAND-WALKER, *A step closer to a definitive ruling on a right in damages for breach of EC competition rules*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1992, 3 ss., 3: "after 30 years of European competition law it is still not possible to say definitively whether a breach of Art. 85 or 86 of the EEC Treaty will give rise to a private action in damages".

Si rammenti, d'altro canto, che l'entrata in vigore del Regolamento n. 17/1962 (su cui v. *amplius, infra*) aveva preceduto di quasi un anno il *grand arrêt* della Corte di giustizia nel caso *Van Gend en Loos* (1963), e così pure il ripensamento epocale dei rapporti tra diritto comunitario e ordinamenti giuridici nazionali, caratterizzato dall'abbattimento del diaframma della trasposizione in norme di diritto interno degli obblighi convenzionali sanciti dal Trattato e dal diritto comunitario derivato (purché formulati in modo chiaro, preciso ed incondizionato), che quella stessa giurisprudenza "angolare" avrebbe ispirato⁴⁹.

Si aggiunga che l'art. 85 Tr. CEE (attuale art. 101, TfUE) non brillava certo per rigore sistematico, come evidenzia il difficile coordinamento tra i suoi vari commi. In particolare, dopo aver sancito il divieto di tutti gli accordi, decisioni o pratiche fra imprese idonei a pregiudicare il commercio fra gli Stati membri ed aventi per oggetto o per effetto una restrizione della concorrenza, esso dispone(-va), al primo capoverso, che accordi siffatti avrebbero dovuto considerarsi "*nulli di pieno diritto*"⁵⁰. Il terzo comma

⁴⁹ Sent. 5 febbraio 1963, in causa C-26/62. Nel caso di specie l'importatrice olandese Van Gend en Loos aveva impugnato un atto impositivo emesso dall'amministrazione finanziaria olandese, sostenendo trattarsi dell'applicazione di un dazio doganale contrario al divieto sancito dall'art. 12, Tr. CEE. Alla questione pregiudiziale rimessa dalla Tarifcommissie dei Paesi Bassi, circa l'idoneità della disposizione del Trattato ad attribuire ai singoli un diritto soggettivo, suscettibile d'esser fatto valere avanti al giudice nazionale, la Corte di Lussemburgo dava risposta affermativa, rilevando come il Trattato non si fosse limitato alla creazione di obblighi reciproci tra gli Stati membri ma avesse dato vita ad "un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale ... che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini", talché "indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie". Come è stato poi osservato (da TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 6° ed., Padova, 2010, 176-177, nt. 240) "all'epoca ... non erano in molti ad intravedere, dietro una chiara obbligazione degli Stati e in particolare dietro l'ipotesi della sua inosservanza, un diritto dei singoli, che neppure sono menzionati nella norma, per giunta un diritto azionabile direttamente dinanzi al giudice nazionale". Quella felice intuizione appartenne però ad A. TRABUCCHI, già sulla scia di VERDROSS, *Völkerrecht*, IV. Auf., Wien, 1959, 280, che lo stesso Trabucchi, da neofita della Corte di giustizia, poté citare nello "storico" appunto indirizzato ai giudici della Corte ed al suo Presidente Donner alla vigilia della camera di consiglio sul caso *Van Gend en Loos* (v.lo pubblicato nei *Quaderni della Riv. dir. civ.*, *La formazione del diritto europeo. Giornata di studio per A. Trabucchi nel centenario dalla nascita*, 2008, 171 ss.).

⁵⁰ L'art. 85, co. II, Tr. CEE ricalcava così la formula impiegata dal legislatore francese ("*nul de plein droit*") per disciplinare le conseguenze degli accordi tra imprese integranti il *délit de coalition*, introdotto dall'art. 59-bis del decreto 9 agosto 1953: v. PACE, *op. cit.*, 92 ss..

stabiliva, invece – e di qui l’ostacolo ad un inquadramento rasserenante nello schema norma-fatto-effetto⁵¹ –, la possibilità che il divieto sancito dal primo comma potesse essere dichiarato “*inapplicabile*”, ove gli accordi in questione avessero apportato degli effetti migliorativi al mercato (sotto il profilo produttivo, tecnologico, economico). Il ch  rendeva quanto meno controvertibile che la pronuncia da parte degli organi chiamati a dare applicazione alla norma avrebbe avuto natura meramente dichiarativa, a tal esito decisivo potendosi accedere solamente ove non fossero per altro verso constatate le condizioni per “disapplicare” il divieto legale⁵².

Ad onta della sanzione della *nullit  delle intese* anticoncorrenziali comminata dall’art. 85, co. II, Tr. CEE⁵³, circostanza in s  indicativa dell’incidenza potenziale della normativa *antitrust* anche sul piano dei rapporti privatistici, va inoltre osservato che il Regolamento 17/1962, adottato in base all’art. 88 Tr. CEE, non oper  un riparto di competenze tra istituzioni comunitarie ed autorit  degli Stati membri orientato al riconoscimento della duplicit  degli interessi, pubblici e privati, sottesi alla disciplina sostanziale. Al contrario, nell’attribuire alla Commissione poteri di indagine e sanzionatori, e disciplinare i rapporti tra autorit  degli Stati membri e Commissione in termini di rigida subordinazione delle prime alle determinazioni della seconda, il diritto derivato denotava l’opzione del legislatore comunitario a favore di un modello monistico, ad attuazione esclusivamente amministrativa delle norme del Trattato, in funzione dell’interesse oggettivo – e “adespota” – al mantenimento di una struttura concorrenziale del mercato⁵⁴.

⁵¹ Schema ricorrente, come noto, alloquando la norma “detta essa stessa la disciplina degli interessi in conflitto in ordine ai beni, individuando le situazioni soggettive che si ricollegano a determinati fatti”: v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., Napoli, 2002, 173-174.

⁵² Profilo, quest’ultimo, troppo disinvoltamente liquidato da DONATIVI-APPIO, *Commento* sub art. 81 (ex art. 85) Tr. CE, in *Comm. breve al dir. della conc.*, a cura di UBERTAZZI, cit., 2060, che affermano: “le decisioni delle autorit  nazionali o comunitarie non sono pronunce costitutive ma, semplicemente, dichiarative della nullit  sancita dall’art. 81.2”.

⁵³ Sulla nozione di nullit  come “sanzione giuridica” che sarebbe, ad un sol tempo, “disposta ed attuata” dall’ordinamento, si v. IRTI, *La nullit  come sanzione*, in *Contr. e impr.*, 1987, 542 ss..

⁵⁴ Pu  a tal fine mutarsi la classificazione dei modelli di *enforcement* del diritto della concorrenza suggerita da RAMAJOLI, *Attivit  amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998. Per l’A. sarebbe possibile distinguere tra modelli di tipo “rigido”, vuoi ad attuazione esclusivamente

Il Reg. 17/1962 conferiva una competenza esclusiva alla Commissione per concedere l'esenzione dal divieto sancito dall'art. 85, co. I, Tr. CEE agli accordi migliorativi del mercato (art. 9, Reg. 17/1962). A tutte le imprese comunitarie era inoltre fatto obbligo di notificare alla Commissione qualsiasi accordo esistente alla data di entrata in vigore del Regolamento stesso ovvero, se conclusi successivamente a tale data, rispetto al quale le imprese partecipanti avessero avuto interesse a beneficiare dell'esenzione dal divieto (artt. 4-5 Reg. cit.). Quanto ai poteri di indagine finalizzati all'accertamento delle infrazioni, era previsto che le "autorità degli Stati membri" sarebbero state competenti ad applicare i divieti sanciti dagli artt. 85, co. I, e 86 Tr. CEE

giurisdizionale (es. disciplina della l. 416/81 per il settore dell'editoria, che conferisce al Garante la legittimazione a promuovere l'azione di nullità degli atti negoziali compiuti da imprese in posizione dominante in violazione delle soglie legislativamente predeterminate), vuoi ad attuazione esclusivamente amministrativa (es. disciplina della l. 249/97 per il settore radiotelevisivo, che affida al Garante l'esercizio di poteri autoritativi di vigilanza e sanzione), e modelli di tipo "flessibile", ad attuazione mista, i quali, da un lato, affidano a un soggetto pubblico, sovente un'amministrazione c.d. indipendente, la cura degli interessi pubblici, che "trascendono la dimensione individuale ... e che non possono essere protetti attraverso la tecnica di tutela concepita per il diritto soggettivo" (p.361); dall'altro, consentono ai privati di far valere autonomamente i loro interessi avanti al giudice ordinario, in grazia di un "dettato legislativo formulato in maniera tale da rendere immediata la sua idoneità a creare situazioni giuridiche soggettive protette a favore dei terzi e quindi una responsabilità aquiliana a carico degli autori della violazione della normativa" (pp. 368-369). *Sub specie* di modello flessibile si lascerebbe qualificare l'impianto della l. 287/1990 a tutela della concorrenza e del mercato, che affianca all'istituzione dell'Autorità Garante, munita di poteri sanzionatori, la previsione della competenza giurisdizionale della Corte d'appello a conoscere delle azioni di nullità, risarcimento del danno e inibitorie nascenti dalla violazione delle norme *antitrust* (art. 33, co. II, l. cit.). Non del tutto condivisibile, peraltro, appare la piena equiparazione del modello italiano a quello previsto dal Reg. 17/1962 (cui il nostro legislatore si sarebbe ispirato). Secondo l'A., la natura "mista" del modello comunitario sarebbe dimostrata dal fatto che il Reg. 17/1962, all'art. 1, prevedeva che "gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'art. 85, paragrafo 1, del Trattato ... sono vietati senza che occorra una decisione preventiva in tal senso", "di conseguenza il soggetto direttamente leso dalla fattispecie antitrust può sempre adire il giudice ordinario per chiedere tutela, dal momento che scopo della disciplina è anche di proteggere i diritti soggettivi dei terzi" (pp. 369-370). Tuttavia, nel testo dell'art. 1, Reg. 17/1962, l'enunciato richiamato dall'A. era seguito da una clausola di salvezza del disposto degli artt. 6, 7 e 23 del medesimo regolamento, i quali introducevano l'obbligo di notificazione alla Commissione di tutti gli accordi, decisioni o pratiche concordate (v. *infra* nel testo). Non pare inoltre lecito che l'analisi degli interessi protetti dalle norme primarie (artt. 85-86 Tr. CEE) muova dall'esame di una fonte derivata, la cui finalità era dichiaratamente quella di disciplinare le modalità applicative delle norme convenzionali, senza in alcun modo invadere il campo dei valori sostanziali ad esse sottesi. Gli è, infine, che nel Reg. 17/1962 (a differenza che nel successivo Reg. 1/2003, su cui v. *amplius*, nel testo) non campeggiava alcun riferimento testuale ai "giudici nazionali" o alla tutela giurisdizionale erogabile dagli organi degli Stati membri a favore dei singoli, mentre alle "autorità degli Stati membri", indistintamente considerate, veniva affidato il compito di vigilare sull'applicazione e di reprimere le violazioni delle norme del Trattato, subordinatamente all'esercizio delle competenze esclusive da parte della Commissione (v. spec. i 'considerando' nn. 7-8, Reg. cit.).

fino all'avvio di un'istruttoria sui medesimi fatti da parte della Commissione: ciò avrebbe determinato l'automatica devoluzione del caso all'organo comunitario ed il divieto per le autorità nazionali di procedere al compimento di ulteriori atti di indagine (art. 9, co. III, Reg. cit.).

Al cospetto della competenza meramente surrogatoria rimessa alle autorità nazionali, usciva alquanto rafforzato il preminente ruolo di "guardiana del Trattato" affidato alla Commissione, soggetta solo alla "*competenza giurisdizionale anche di merito per quanto riguarda le decisioni mediante le quali la Commissione infligge ammende o penali di mora*" della Corte di giustizia, quale giudice dei ricorsi individuali, *illo tempore* in unico grado (art. 9, co. I, ed ult. 'considerando', Reg. cit.).

All'incontro, esulavano dall'ambito del Reg. 17/1962 disposizioni specificamente rivolte al versante privatistico della tutela, e così all'incidenza della violazione delle norme *antitrust* nei rapporti intersoggettivi. Nessuna previsione del Regolamento, in particolare, disponeva con riguardo al coordinamento tra procedimento amministrativo e suoi effetti e processo giurisdizionale, in ragione della possibile rilevanza di una medesima condotta di impresa quale comune tassello di fattispecie e *res decidendae* destinate alla cognizione da parte di organi diversi.

Le esigenze dei singoli, beninteso, non erano sfuggite all'attenzione del legislatore comunitario. Ma nell'impianto del Reg. 17/1962 essa era stata profusa perlopiù a tutela dell'affidamento degli amministrati assoggettati allo *jus superveniens*, in perfetta assonanza con l'impronta regolatoria che permeava la nuova disciplina, come da più indici rivelato.

L'attribuzione alla Commissione del potere di stabilire la data a decorrere dalla quale le decisioni di esenzione avrebbero esplicato il loro effetto derogatorio rispetto ai divieti sanciti dal Trattato, ad esempio, era accompagnata dalla previsione (nell'interesse dei terzi, è da ritenere) secondo cui tale data non avrebbe comunque potuto essere anteriore a quella della notificazione dell'accordo esentato. Del pari, si prevedeva che gli accordi già esistenti all'entrata in vigore del Reg. 17/1962 avrebbero beneficiato di un regime di validità provvisoria, e la dichiarazione di nullità sarebbe rimasta preclusa alle autorità nazionali, a condizione che tali accordi fossero stati

tempestivamente notificati alla Commissione e fintanto che la Commissione non avesse adottato una decisione al riguardo in base allo stesso Regolamento (artt. 6, co. I, e 7, Reg. cit.).

L'impostazione *de iure condito* prescelta era dunque lungi dall'elevare i singoli a "custodi della legalità"⁵⁵, quali promotori dell'attuazione giurisdizionale decentrata del diritto comunitario sostanziale, mentre si guardava a costoro ancora essenzialmente come a dei *gubernati*.

La stessa Corte di giustizia, del resto, in occasione delle prime pronunce sulle questioni pregiudiziali interpretative rimesse dai giudici nazionali, alle prese con l'applicazione del nuovo diritto della concorrenza nelle liti tra operatori economici, mantenne un approccio tiepidamente conservatore, specie se paragonato alle più nette e penetranti affermazioni che, in epoca successiva, si sarebbero fatte registrare sul terreno parallelo dell'efficacia diretta "verticale" del diritto comunitario, posta alla base della responsabilità degli Stati membri nei confronti dei singoli per l'inosservanza degli obblighi sanciti dal Trattato⁵⁶.

⁵⁵ Ciò è invece da imputare esclusivamente all'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo TESAURO, Relazione al Convegno "Giudici nazionali e giudici dell'Unione europea", Milano, Università degli Studi, 1 marzo 2010.

⁵⁶ Si tratta, segnatamente, dei notissimi arresti 19 giugno 1990, in causa C-213/89, *Factortame* (in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1122 ss., nt. CONSOLO, *Fondamento "comunitario" della giurisdizione cautelare*; in *Foro amm.*, 1991, 1885 ss., nt. CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*; in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1991, 1042 ss., nt. MUSCARDINI, *Potere cautelare dei Giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*; in *Rev. Marché Commun.*, 1990, 591 ss., nt. SIMON-BARAV, *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame*; in *C.M.L.R.*, 1990, 573 ss., nt. TOTH); 19 novembre 1991, nelle cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich, Bonifaci c. Repubblica Italiana*; 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame II*, in cui la Corte riconobbe, rispettivamente: il diritto del singolo a richiedere al giudice nazionale l'adozione di misure cautelari a tutela di un diritto attribuitogli dal diritto comunitario (alle spese dell'antica norma di *common law* che vietava l'adozione di provvedimenti provvisori nei confronti della Corona, e della presunzione, vigente in quell'ordinamento, di conformità delle disposizioni di legge interna al diritto comunitario finché non si fosse statuito sulla loro incompatibilità) e il diritto del singolo ad essere risarcito dallo Stato membro per i danni subiti a causa della mancata od intempestiva trasposizione di direttive comunitarie od eliminazione di violazioni del diritto comunitario.

Così, nel caso *De Haecht II* (1973)⁵⁷, rilevato come ai sensi dell'art. 85, co. II, Tr. CEE il giudice nazionale fosse tenuto a dichiarare la nullità *ipso iure* di accordi e decisioni tra imprese vietati, senza disporre di alcun “*margin*e di apprezzamento” riguardo ad eventuali effetti migliorativi dei medesimi, e che, cionondimeno, quegli stessi accordi avrebbero potuto beneficiare in un secondo tempo del regime di esenzione, in grazia di una decisione della Commissione, la Corte di giustizia affermava che sarebbe spettato al giudice nazionale “*valutare se sia necessario sospendere il procedimento affinché le parti possano chiedere una decisione alla Commissione, a meno che egli non accerti che l'intesa non influisce in modo rilevante sul gioco della concorrenza o sugli scambi fra gli Stati membri, ovvero che l'intesa è incontestabilmente in contrasto con l'art. 85*”.

Non mette conto dire ora se e su quale appiglio tecnico-processuale la soluzione prospettata avrebbe potuto sostenersi per diritto interno degli Stati membri⁵⁸. Merita

⁵⁷ Sent. 6 febbraio 1973 (Pres. Rel. Lecourt; A.G. Romer), *Brasserie De Haecht SA c. Wilkin-Janssen*, in *Foro it.*, 1973, IV, 75. La vicenda originava da una domanda di restituzione delle somme che il produttore di birra De Haecht aveva dato a mutuo al titolare di un ristorante, onde consentire a quest'ultimo di ristrutturare il locale. Vistosamente convenire in giudizio, il mutuatario eccepeva la nullità del contratto, opponendo che la contrarietà al diritto comunitario della clausola di esclusiva, accessoria al contratto di mutuo, in base alla quale egli avrebbe dovuto rifornirsi presso la mutuante fino alla integrale estinzione del debito contratto. Ad una prima questione pregiudiziale rimessale dal Tribunale di Liegi, la Corte di giustizia aveva risposto che i patti di esclusiva non avrebbero, di per sé, necessariamente violato il diritto comunitario, salvo l'accertamento del loro impatto effettivamente restrittivo sulla concorrenza (sent. 12 dicembre 1967, in causa C-23/67, *De Haecht I*). Donde era sorto l'interesse dell'attrice ad ottenere preventivamente dalla Commissione un provvedimento (costitutivo) di esenzione, e la rimessione da parte del giudice nazionale adito del nuovo quesito pregiudiziale alla Corte, questa volta avente ad oggetto la obbligatorietà/facoltatività di una sospensione del processo nazionale in attesa del provvedimento autorizzativo.

⁵⁸ Tema che involge la dibattuta questione dei presupposti per addivenire ad una sospensione necessaria del processo civile per c.d. pregiudizialità amministrativa. Rinviando al capitolo seguente per una più accurata disamina delle tesi affacciate al riguardo, oltre che per una valutazione critica sulla loro idoneità ad inquadrare in termini appaganti il peculiare fenomeno indagato, merita qui ricordare il pensiero di uno fra i più autorevoli sostenitori della pregiudizialità amministrativa *in subiecta materia*, e così la tesi di OPPO, *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543 ss., spec. 549 ss.. L'a. muove dall'assunto secondo cui la nullità delle intese, comminata dalla disciplina *antitrust* (in pari misura dal diritto comunitario e dalla l. 287/1990 dal primo ispirata), non apparterebbe alla *species* delle nullità negoziali genetiche: i suoi presupposti andrebbero ricercati altrove, “al di là della oggettività del negozio”, indagando sugli effetti (non in senso giuridico, evidentemente) del negozio sulla struttura del mercato. Il provvedimento dell'autorità amministrativa, preposta alla cura dell'interesse pubblico al mantenimento dell'assetto di mercato normativamente prefigurato, si porrebbe così come elemento costitutivo imprescindibile della fattispecie civilistica, integrando quella valutazione

invece osservare che la *ratio decidendi* di tale precedente era intonata puramente e semplicemente in chiave di tutela dell'affidamento delle parti dell'accordo, tacciato di nullità in sede giurisdizionale. Occorreva infatti, in quel caso, contemperare il dovere di pronuncia sulla declaratoria di nullità prevista dall'art. 85, co. II, Tr. CEE, gravante sulle autorità giurisdizionali degli Stati membri, con l'interesse degli "amministrati" ad ottenere una decisione di esenzione da parte della Commissione, in conformità a quanto disposto dal terzo comma del medesimo articolo. Non era la prevenzione di contrasti decisorii tra provvedimenti della Commissione e sentenze dei giudici nazionali il fulcro della motivazione di questa decisione; nè ergersi a baluardo di una competenza esclusiva della Commissione (quale indubbiamente pur sussisteva in materia di esenzioni) il suo scopo.

Precorrendo l'indirizzo che, in tema di preclusioni e termini processuali previsti dal diritto nazionale, avrebbe di lì a poco inaugurato la coppia di pronunce *Rewe* (1976)⁵⁹ e *Comet* (1976)⁶⁰, con l'arresto in commento la Corte di giustizia, ben

di compatibilità o di incompatibilità in concreto del comportamento dell'impresa con i divieti legali, idonea in sé a "precludere o porre nel nulla" l'intervento giudiziario successivo. Secondo l'A., giova tuttavia soggiungere, la valutazione dell'Autorità Garante sottenderebbe un innegabile momento "dispositivo", che raggiungerebbe il suo apice nel caso di "autorizzazioni in deroga" ai divieti legali, ma che sarebbe riscontrabile altresì nell'inerzia dell'autorità a fronte delle denunce di violazioni dei precetti *antitrust* provenienti dai privati. Ciò consentirebbe di operare un distinguo tanto dalla figura della discrezionalità "tecnica", entro la quale la dottrina amministrativistica è solita inquadrare l'esercizio dei poteri attribuiti alle c.d. autorità indipendenti, quanto dall'attività di mero accertamento e così dal *proprium* della giurisdizione, e di inserire a buon diritto l'atto amministrativo tra gli elementi costitutivi della fattispecie civilistica oggetto di cognizione.

⁵⁹ Sent. 16 dicembre 1976, in causa C-33/76, *Rewe Zentralfinanz EG c. Landwirtschaftskammer Saarland*. A fronte dell'impugnazione tardiva di un atto impositivo da parte della ditta importatrice Rewe, la quale ne contestava la legittimità per contrarietà al divieto di tasse di effetto equivalente a dazi doganali, il Bundesverwaltungsgericht tedesco, richiamato il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 5 Tr. CEE, rimetteva alla Corte la questione relativa alla doverosità, per il giudice amministrativo tedesco, di ritenere ammissibile un ricorso deducendo una violazione del diritto comunitario ancorché proposto avverso un atto definitivo per decorso del termine di impugnazione previsto dal diritto nazionale. In tale occasione, premesso che "i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne. Una diversa soluzione sarebbe possibile soltanto qualora tali modalità e termini rendessero in pratica impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare. Ciò non si verifica nel caso della fissazione di ragionevoli termini di impugnazione, a pena di decadenza. La fissazione di termini del genere, per quanto riguarda le impugnazioni in materia fiscale, costituisce infatti applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto, a tutela sia del contribuente sia dell'amministrazione interessata", la Corte enunciava il principio cardine in materia di autonomia degli Stati membri in materia

consapevole del “ritardo, a volte notevole, col quale la Commissione esercita i suoi poteri”, effettuava un bilanciamento su base pragmatica tra l’interesse alla (rapida) definizione delle liti ed il principio dell’affidamento dei singoli, esortando il giudice nazionale a decidere senz’altro la causa nei casi più lampanti di violazione; negli altri casi invitandolo invece a valutare l’opportunità (“*ob es angebracht erscheint*”, nella versione tedesca) di sottoporre alla stessa Corte una questione pregiudiziale sull’interpretazione del diritto comunitario, ovvero a disporre la sospensione del processo in attesa della definizione del procedimento amministrativo di esenzione da parte della Commissione, se ragionevolmente alle viste. In ogni caso, veniva precisato, il ritardo imputabile alla Commissione non avrebbe potuto “*dispensare il giudice dall’obbligo di pronunciarsi sulle domande degli amministrati*”⁶¹, riecheggiando nelle pieghe della motivazione il motto anglosassone “*justice delayed is justice denied*”.

Il caso *De Haecht II* potrebbe dunque a buon diritto assurgere a rovescio della situazione-tipo considerata dalla Corte, allorché essa si esprime in ordine alla idoneità di talune disposizioni dei diritti processuali nazionali, per come interpretate dal remittente, ad ostacolare o rendere praticamente impossibile (il godimento di) una tutela giurisdizionale effettiva per i diritti sostanziali attribuiti ai singoli dal diritto comunitario. Cosa da valutarsi alla stregua delle coordinate fondative dell’effettività e dell’equivalenza⁶².

processuale, secondo cui il diritto comunitario “non vieta di opporre a coloro che impugnano dinanzi ai giudici nazionali, per incompatibilità col diritto comunitario, un provvedimento dell’amministrazione nazionale, il mancato rispetto di un termine contemplato dalle norme interne, a condizione che le modalità procedurali dell’azione giudiziale non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale”.

⁶⁰ Sent. 16 dicembre 1976, *Comet BV c. Produktschap voor Siergewassen*, con motivazione analoga a quella della sent. cit. alla nota precedente.

⁶¹ V. punto 11 della motivazione, che suona tanto più cogente, là dove pone l’accento sul dovere decisorio in capo al giudice nazionale, in altre versioni linguistiche (così nel testo inglese: “*whilst the principle of legal certainty requires that, in applying the prohibitions of Art. 85, the sometimes considerable delays by the Commission in exercising its powers should be taken into account, this cannot, however, absolve the court from the obligation of deciding on the claims of interested parties who invoke the automatic nullity*”).

⁶² Su cui, anche per riff., v. D. U. GALETTA, *L’autonomia procedurale degli Stati membri dell’Unione europea: Paradise Lost?*, *Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza*

Nel sistema di notificazione obbligatoria degli accordi istituito dal Reg. 17/1962, a ben vedere, la minaccia all'effetto utile del diritto comunitario si annidava dietro all'impossibilità *de facto*, per le imprese interessate, di ottenere celermente una patente amministrativa di esenzione dal divieto legale di loro accordi o pratiche giudizialmente contestati. Impossibilità dovuta proprio e solo all'elevatissimo numero di domande di esenzione che, nel volgere di breve, avevano investito la Commissione, resa incapace di farvi fronte. Non rilevava, invece, alcuna norma della *lex fori* applicata dal giudice remittente, che fosse in concreto apparsa penalizzante per il singolo.

Di sospensione del processo pendente avanti al giudice nazionale, del resto, si era in quel precedente solo attecnicamente (o quanto meno assai latamente) parlato, atteso che l'eventuale provvedimento sospensivo del processo sarebbe potuto intervenire, secondo l'invito formulato dalla Corte di giustizia, ancorché un procedimento amministrativo finalizzato all'ottenimento dell'esenzione non fosse ancora stato avviato, e così pure in difetto di un requisito che sarebbe apparso essenziale, nel nostro ordinamento, per fare applicazione dell'art. 295 c.p.c. (a tacere delle ulteriori riserve che avrebbero accompagnato una simile opzione): di guisa che anche alle parti rimaste sino a quel momento inerti nei rapporti con l'autorità amministrativa sarebbe stato consentito di "chiedere" alla Commissione l'adozione di una decisione ad efficacia derogatoria rispetto al divieto generale⁶³.

procedurale funzionalizzata, Torino, 2009, 42 ss., con recensione di chi scrive su *Int'l lis*, 2/2010, 109 ss., e di HATJE, in *EuR*, 2011, 313 ss.

⁶³ Di diverso tenore è peraltro il testo francese della motivazione, che recita: "...mettre les parties en mesure d'obtenir une prise de position de la Commission" (punto 12); ciò che lascerebbe pensare ad una sospensione del processo civile strumentale all'attesa della definizione di un procedimento amministrativo già pendente. Occorre però avere riguardo ai fatti di causa, da cui chiaramente emerge che nessuna richiesta di esenzione dell'accordo era stata ancora notificata alla Commissione, allorché il tribunale di Liegi aveva sottoposto alla Corte di giustizia il quesito pregiudiziale. Più attagliata al caso di specie si sarebbe potuta rivelare, da noi, la disposizione dell'art. 296 c.p.c. concernente la sospensione facoltativa, su comune istanza delle parti, "ove sussistano giustificati motivi". Del resto, dal momento che il giudizio da cui era originata la questione pregiudiziale aveva ad oggetto un contratto a durata pluriennale, di cui l'attore chiedeva l'adempimento ed il convenuto contestava la validità per contrarietà al diritto della concorrenza, entrambi i contraenti – è da credere si sia ragionato – avrebbero avuto pari interesse ad ottenere una decisione dalla Commissione.

6. *Il riconoscimento pretorio dell'efficacia diretta orizzontale dei divieti antitrust aventi sede nel Trattato.*

Un più deciso passo avanti verso il pieno riconoscimento della vocazione del diritto comunitario della concorrenza a creare situazioni soggettive meritevoli di tutela giurisdizionale, anche in capo ai “terzi” diversi dai contraenti degli accordi contemplati dall'art. 85 Tr. CEE, veniva compiuto con la sentenza *BRT/Sabam* (1974)⁶⁴. Non meno rilevante è l'affermazione, contenuta in tale arresto, dell'indipendenza della Commissione e delle autorità nazionali della concorrenza, da un lato, e dei giudici degli Stati membri, dall'altro, nell'esercizio delle rispettive prerogative.

Il profilo di novità, in quel caso, era dovuto alla parallela pendenza di un giudizio civile avente ad oggetto una domanda di condanna inibitoria e di un procedimento di infrazione, avviato dalla Commissione.

In fatto, l'unione belga degli autori, compositori ed editori (Sabam) aveva agito nei confronti di un ente radiofonico (BRT), ritenuto responsabile della violazione di diritti d'autore di cui l'attrice era titolare, affinché fosse a quest'ultimo impedito di diffondere un brano musicale, dallo stesso convenuto registrato e poi ceduto in via non esclusiva a terzi. Nelle more del processo nazionale, su denuncia da parte dell'ente radiofonico BRT, la Commissione avviava un'istruttoria volta a verificare la contrarietà al diritto comunitario delle clausole di esclusiva con le quali la Sabam vincolava gli autori ad essa associati a cederle tutti i diritti di sfruttamento delle loro opere per un periodo di cinque anni successivo al recesso. In forza di tali clausole la Sabam aveva rivendicato la titolarità esclusiva dei diritti di autore asseritamente violati. Senza tali clausole, imprese come la BRT avrebbero potuto negoziare liberamente con gli autori i termini dello sfruttamento commerciale delle loro opere.

Nel dubbio se le clausole di esclusiva in questione integrassero gli estremi di un abuso di posizione dominante da parte della Sabam, il Tribunale commerciale di Bruxelles sottoponeva alla Corte di giustizia alcuni quesiti pregiudiziali attenenti

⁶⁴ C. giust., sent. 30 gennaio 1974, in causa C-123/73, in *Foro it.*, 1974, IV, 312, nt. Tizzano.

l'interpretazione dell'art. 86 Tr. CEE. La questione di interesse, ai nostri fini, nasceva però su di un piano preliminare, in seno al giudizio svolto avanti alla Corte di Lussemburgo. La Commissione, aderendo alla tesi della Sabam, sosteneva infatti che l'avvio di un procedimento di infrazione dell'art. 86 Tr. CE da parte della medesima avrebbe determinato, ai sensi dell'art. 9, co. III, Reg. 17/1962, la sopravvenuta incompetenza del giudice remittente a prendere posizione sui fatti litigiosi e ad applicare le disposizioni del Trattato nel caso di specie. Per conseguenza, la Corte di giustizia non avrebbe potuto neppure prendere in considerazione le questioni pregiudiziali sottoposte da un giudice nazionale (sia pur solo provvisoriamente) a ciò non legittimato⁶⁵. Dalla BRT e dal governo tedesco, parimenti intervenuti, si era replicato la prima invocando la costituzione belga e il divieto, da essa desumibile, di sospensione di un processo civile in attesa della definizione di un procedimento amministrativo; il secondo, adducendo che un obbligo di sospensione del processo civile incondizionato e *sine die*, così come auspicato dalla Commissione, avrebbe finito per privare il giudice civile del potere di adottare qualsivoglia provvedimento in corso di causa, financo cautelare, con grave pregiudizio per la tutela dei singoli e tenuto pragmaticamente conto, oltretutto, che il Reg. 17/1962 non conteneva “*alcuna disposizione diretta a far sì che i giudici nazionali siano informati dei procedimenti iniziati dalla Commissione*”.

Furono questi ultimi argomenti a fare breccia nella motivazione della Corte, in cui si affermò a chiare lettere che i divieti sanciti dagli artt. 85, co. I, e 86 del Trattato sono idonei “*a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli*” e ad attribuire a questi ultimi “*diritti che i giudici nazionali devono tutelare*” (punto 16). L'efficacia diretta delle disposizioni del Trattato, si disse anche, non avrebbe tollerato l'imposizione di limiti al potere di rinvio pregiudiziale *ex art. 177 Tr. CE* (attuale art. 267 TfUE). Fu così definitivamente chiusa la porta alla tesi dell'effetto privativo della

⁶⁵ A detta della Commissione, tale conclusione sarebbe discesa dalla sentenza 18 marzo 1970, in causa C-43/69, *Bilger*, in cui la Corte di giustizia aveva affermato (punto 9) che: “ai sensi dell'art. 9, paragrafo 3, del regolamento n. 17 ... la nozione di “autorità degli Stati membri” comprende gli organi giurisdizionali nazionali”. Detta norma, come veduto, avrebbe consentito alla Commissione di avocare a sé un procedimento avviato dalle autorità nazionali, determinando per queste ultime il divieto di compiere ulteriori atti istruttori.

potestas iudicandi delle giurisdizioni nazionali che, secondo la tesi caldeggiata dalla Commissione, la mera pendenza dell'istruttoria amministrativa sarebbe bastata a determinare. Per converso, il singolo non avrebbe mai visto sbarrata la via della tutela giurisdizionale, mentre al giudice nazionale, in omaggio alla sua indipendenza⁶⁶, veniva riconosciuta – come già ammesso nel precedente *De Haecht II* – la facoltà di sospendere il processo allorchè egli ne avesse ravvisato l'opportunità, “*in attesa dei risultati dell'azione della Commissione*”, si fosse questa concretata nell'adozione di una decisione sanzionatoria a carico delle imprese responsabili della condotta censurata o meno.

⁶⁶ In prospettiva apparentemente analoga v. SAGGIO, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese*, in *Dir. Un. eur.*, 1997, 1 ss. (nonché ID., *Incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle norme processuali nazionali*, in *Corr. giur.*, 2001, 114, 124 ss.), che parla di una competenza dei giudici civili nazionali “in via di principio assolutamente indipendente rispetto agli interventi della Commissione e dell'autorità nazionale di vigilanza”. Lo stesso A., tuttavia, nell'esaminare il caso in cui il giudice nazionale sia chiamato a pronunciarsi volta che la Commissione abbia già assunto una decisione, afferma che, in presenza di un accertamento positivo dell'infrazione, il giudice “non potrà adottare una posizione contraria a quella adottata dalla Commissione: questa soluzione discende dal principio del primato del diritto comunitario” (p. 12). Qualora invece la Commissione abbia assunto una decisione negativa, e così in presenza di una attestazione dell'irrelevanza di un certo accordo o di una certa pratica ai fini del divieto *antitrust*, l'A. inclina per un più blando “adeguamento” del giudice nazionale al contenuto accertativo della decisione: conclusione fondata anch'essa sul primato del diritto comunitario, ma che l'A. sente il bisogno di rinsaldare aggiungendo la considerazione (puramente fattuale) secondo cui “generalmente, la Commissione è meglio attrezzata del giudice nazionale per identificare gli elementi fattuali e giuridici di una infrazione”. Una decisione “autonoma” da parte del giudice nazionale sarebbe infine, per l'A., sempre possibile laddove il primo disponesse “di elementi di cui la Commissione non ha avuto conoscenza”. Proprio la suggerita alternanza tra i possibili esiti decisori, rivelatrice della mancanza di una regola generale cui attenersi, induce peraltro a dubitare della soluzione proposta. Le ragioni che giustificano una presa di distanza dal pensiero di questo A., che peraltro scrive anteriormente all'entrata in vigore del Regolamento n. 1/2003, saranno compiutamente esposte nella seconda parte del lavoro.

7. *Autonomia dei diritti nazionali e resistenze nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Il caso tedesco e inglese (la saga Courage c. Crehan: la legittimazione del contraente parte del negozio contrario ai divieti antitrust ad esperire il rimedio risarcitorio).*

Il riconoscimento dell'efficacia diretta del diritto della concorrenza tra imprese ad opera della Corte segna un punto di svolta⁶⁷.

Nel risolvere un problema di diritto schiettamente processuale comunitario⁶⁸, la sentenza *BRT* gettava le basi per ragionare in termini di possibilità, per i singoli, di invocare le norme del Trattato nei rapporti orizzontali tra privati e lumeggiava, al tempo stesso, la dualità degli interessi protetti dal diritto della concorrenza e la sussistente autonomia tra il sistema di controllo amministrativo della struttura concorrenziale del mercato, incentrato sul ruolo della Commissione e delle autorità nazionali della

⁶⁷ Cfr. VAN BAEL-BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, 2010, 1214, i quali sottolineano che “national courts have the power to deal with [civil litigation between private parties] by virtue of the doctrine of direct effect according to which Articles 81 and 82 may be invoked by private individuals and companies in national courts without further action on the part of the public authorities or the enactment of implementing legislation. Further, unlike the national competition authorities, national courts do not lose jurisdiction when the Commission initiates its own proceedings on the same matter because, otherwise, individuals might be deprived of the rights which they hold under the EC Treaty”; GERBER, *Law and Competition*, cit., 368, che addita alla sentenza *BRT* come ad una “critical conceptual move” della Corte di giustizia, onde consentire ai singoli “to seek redress for harms caused by violations of Community competition law by bringing private suits in national courts”. Sul principio dell'efficacia diretta del diritto comunitario, tra i moltissimi contributi, segnaliamo, anche per la diversità tra i rispettivi angoli visuali, EDWARD, *Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations*, in *Scritti in onore di F. Mancini*, II, Milano, 1998, 423 ss.; PESCATORE, *The Doctrine of Direct Effect: an Infant Disease of Community Law*, in *Eur. Law Rev.*, 1983, 155 ss.; TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 511 ss..

⁶⁸ Quale si profilava appunto la questione relativa al potere di rimessione di pregiudiziali comunitarie in capo al giudice nazionale pendente un'istruttoria avviata dalla Commissione, e al dovere della Corte di giustizia di rispondere. Cfr. BIAVATI-CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 1994, 270, che ascrivono alla sentenza *BRT*, dai più trascurata sotto il profilo che qui rileva, l'enunciazione della regola secondo cui “le parti, per evitare una pronuncia pregiudiziale della Corte, non possono attivarsi nell'ambito del processo comunitario instaurato con il quesito posto dal giudice nazionale, ma devono mettere in atto, se possibile, gli strumenti offerti dal processo nazionale per fare venire meno, in capo alla Corte, il dovere di pronunciare”. Vige, in sostanza, un principio di procedibilità d'ufficio del giudizio comunitario pregiudiziale, tendenzialmente insensibile alle vicende del processo nazionale, salvo esigersi che la soluzione della questione interpretativa di diritto comunitario sia sempre strumentale alla definizione di un giudizio pendente avanti al giudice di uno Stato membro.

concorrenza, e la tutela giurisdizionale dei diritti individuali dei singoli, affidata ai giudici degli Stati membri.

Il *dictum* del Giudice comunitario, così facendo, aveva tuttavia aperto una serie di numerose altre questioni, proiettando l'attenzione del giurista europeo sul c.d. "private enforcement"⁶⁹, ancora poco arato ma che prometteva d'essere un fertile terreno di confronto, tanti i rami del diritto da esso intersecati. La Corte si era infatti limitata a sancire l'azionabilità diretta delle regole di concorrenza, ma non aveva detto nulla in ordine ai rimedi esperibili, alla legittimazione sostanziale, ai temi di prova e agli oneri probatori, ai termini prescrizionali e via dicendo. Si trattava, pertanto, di riempire di contenuto ciascuno di questi elementi, esulanti dalla cornice dei divieti rivolti alle imprese, quali sanciti dal Trattato comunitario. Quest'opera di campitura della fattispecie civilistica sostanziale, che traspariva in filigrana dai primi precedenti comunitari, era demandata alle giurisdizioni degli Stati membri⁷⁰. Secondo fogge e stilemi propri della *lex fori*, queste ultime avrebbero dovuto approntare le vesti

⁶⁹ Non è infrequente vedere annessa a tale locuzione una valenza che trascende il suo significato letterale, pianamente traducibile come "azionabilità da parte dei privati" delle norme *antitrust*, e trasmigra sul piano ideologico, proprio di una parte della dottrina di chiara ascendenza economica, secondo cui l'azione (tipicamente) risarcitoria promossa dal danneggiato dalla violazione dei divieti anticoncorrenziali avrebbe una finalità essenzialmente deterrente-repressiva, affiancandosi all'azione pubblicistica dagli ordinamenti conferita ad organi della p.a. (c.d. "public enforcement") per l'attuazione del diritto obiettivo. Valutiamo che questo approccio, oltre a snaturare la funzione esclusivamente compensativa che è propria responsabilità civile nel nostro ordinamento (v. infatti le severe critiche a tale orientamento formulate da BARCELONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2008, 120 ss., con le quali si concorda), non sia imposto e tanto meno avallato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ragion per cui proponiamo di attenerci al significato strettamente letterale sopra indicato anche nel prosieguo.

⁷⁰ Si v., in proposito, i conferenti rilievi di WEYER, *Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das nationale Zivilverfahren – Verpflichtung der nationalen Zivilgerichte zur Anwendung der Art. 81, 82 EGV*, in *EuR*, 2000, 145 ss., da cui emerge altresì la linea di continuità tra i precedenti analizzati nel testo e la giurisprudenza successiva della Corte di giustizia, nelle note sentenze *Eco Swiss c. Benetton* (sent. 1 giugno 1999, in causa C-126/97) e *van Schijndel* (sent. 14 dicembre 1995, in causa C-430/93, in *Giur. it.*, 1996, nt. CARANTA, *Impulso di parte e iniziativa del giudice nell'applicazione del diritto comunitario*), in cui le norme comunitarie in materia di concorrenza sono state equiparate alle norme di ordine pubblico interno degli Stati membri, onde far sì che alle prime sia esteso il medesimo regime di rilevanza officiosa nel corso del processo (fermo l'operare di eventuali preclusioni processuali, e purché la *lex fori* preveda termini di impugnazione congrui o perlomeno tali da non riuscire in concreto pregiudizievoli per la parte che abbia interesse all'applicazione della norma comunitaria) e risulti così preservato l'effetto utile del diritto comunitario.

giuridiche “ancillari”, occorrenti a calare le pretese giuridiche individuali nascenti dal Trattato nella dinamica ordinamentale interna.

Si è già ricordato di quale importante addentellato al diritto privato fosse dotato l’art. 85, co. II, Tr. CEE. Si noti ancora che anche l’art. 65, Tr. Ceca faceva analogo divieto alle imprese di stipulare accordi collusivi o abusivi comminandone la nullità. Ma a differenza dell’art. 85 Tr. CEE, l’art. 65 Tr. Ceca conferiva all’Alta Autorità una “giurisdizione” esclusiva⁷¹ quanto all’accertamento e alla repressione delle violazioni. Proprio il cennato divario, ritenuto impeditivo di ogni parallelismo tra le due norme, aveva fondato la netta e persino tale da apparire regressiva chiusura della Corte nel caso *Banks* (1994)⁷², in cui si era appunto negato che, nell’ambito del Trattato Ceca, i giudici

⁷¹ Art. 65, co. IV, Tr. Ceca: “Any agreement or decision prohibited by par. 1 of this Article shall be automatically void and may not be relied upon before any court or tribunal in the Member States. The High Authority shall have sole jurisdiction, subject to the right to bring actions before the Court, to rule whether any such agreement or decision is compatible with this Article”. Il termine “jurisdiction” avrebbe peraltro potuto intendersi impiegato nell’accezione di “jurisdiction to enforce”, secondo la nota impostazione anglosassone (che ricalca a sua volta la nozione medievale di “iurisdictio”, mai disgiunta dall’aspetto coercitivo e sanzionatorio: su cui PICARDI, *Giurisdizione e sovranità: alle origini della giurisdizione statale*, in *Il diritto processuale civile nell’avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, tomo I, Padova, 2009, 3 ss., 7) e la tripartizione ivi concepita tra *j. to adjudicate*, *j. to prescribe* ed, appunto, *j. to enforce*, come ricordano LUZZATTO-QUEIROLO, *Sovranità, “jurisdiction” e regole di immunità*, in CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 2° ed., Torino, 2003, 189. Se intesa in tal senso la nozione di “giurisdizione” esclusiva, attribuita all’Alta Autorità, non sarebbe apparsa ostativa all’applicazione diretta dell’art. 65 Tr. Ceca da parte del giudice nazionale, nell’ambito di un processo giurisdizionale su diritti. Non pare, peraltro, da escludere che un siffatto ordine di considerazioni, pur non affiorante espressamente dalle conclusioni dell’Avvocato generale van Gerven nel caso *Banks* (su cui v. nt. seguente), ne avesse in qualche modo orientato la posizione. Anche in Italia, si noti, l’interpretazione dell’art. 65 Tr. Ceca non era stata incontrovertibile. V. in proposito C. Cost., 27 dicembre 1965, n. 98 – Pres. Ambrosini; rel. Fragalli, *Acciaierie S. Michele c. Altà Autorità CECA*, in *Foro it.*, 1966, I, 8, nt. CATALANO; in *Giur. it.*, 1966, II, 193; in *Giust. civ.*, 1966, IV, 3, nt. BERRI, cher rigettò la questione di illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 102 e 113 Cost., della l. di ratifica del Tr. Ceca nella parte in cui avrebbe sottratto al sindacato del giudice nazionale dell’opposizione le decisioni sanzionatorie dell’Alta Autorità, assoggettandole alla giurisdizione esclusiva della Corte di giustizia. Si v., altresì, la giurisprudenza di merito cit. da FRIGNANI, *L’azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1968, 128 ss., 162 in nt. 99.

⁷² Sent. 13 aprile 1994, in causa C-128/92, *Banks & Co. Ltd c. British Coal Corporation*. La *Banks*, titolare di una concessione di estrazione rilasciata dalla British Coal, impresa pubblica proprietaria di tutte le riserve carbonifere del Regno Unito, proponeva un’azione risarcitoria innanzi alla *High Court* di Londra, lamentando l’imposizione di un canone concessorio fissato ad un livello eccessivo da parte dell’impresa pubblica convenuta. Il giudice inglese disponeva la sospensione del processo e rimetteva alla Corte di giustizia il seguente quesito pregiudiziale: “se i giudici nazionali abbiano, in base al diritto comunitario, il potere e/o dovere di disporre il risarcimento dei danni subiti in caso di violazione,

nazionali avrebbero potuto essere “*validamente aditi con una domanda di accertamento dei danni in mancanza di una decisione della Commissione adottata nell’ambito di tale competenza*”.

Un tal genere di condizionamento della tutela giurisdizionale ad una previa determinazione ad effetti costitutivi da parte di un organo amministrativo, si diceva, non trova un omologo corrispettivo nel modello di tutela della concorrenza delineato dal Trattato comunitario. La conformazione delle pretese sostanziali derivanti dalla violazione degli artt. 85 e 86 Tr. CEE entro i sistemi di responsabilità civile vigenti negli Stati membri, nondimeno, aveva dato luogo a notevoli incertezze sul piano dogmatico, in ultima analisi dipendenti, e riprendiamo qui da altra angolatura l’ordine di considerazioni formulate all’inizio del capitolo, dalla concezione del bene giuridicamente tutelato dalle norme di concorrenza, peculiare a ciascun ordinamento⁷³.

da parte di un’impresa, delle disposizioni di cui trattasi nel Trattato CECA e se tale potere o tale dovere dipendano da una precedente decisione della Commissione, dall’esaurimento dei rimedi offerti dal Trattato CECA e/o dall’esperienza delle fasi o delle procedure indicate nelle norme pertinenti”, ottenendo il responso citato nel testo. Nel senso dell’efficacia diretta dell’art. 65 Tr. Ceca si era invece espresso l’Avv. gen. van Gerven, nelle concl. del 27 ottobre 1993, su cui v. lo stesso VAN GERVEN, *Private enforcement of EC competition rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the way ahead*, in BASEDOW (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2007, 19 ss., 22.

⁷³ Rimane infatti isolata, ma degna di nota, la proposta di fondare la responsabilità individuale da violazione delle norme sulla concorrenza sui medesimi presupposti che determinano la responsabilità degli Stati membri verso i singoli per la violazione di norme di diritto comunitario. In tal senso, v. ANDERSON, *Damages for Breach of Competition Rules*, in ANDENAS-JACOBS, *European Community Law in the English Courts*, Oxford, 1998, 185 ss., 188, che richiama le condizioni enunciate dalla Corte di giustizia nella sent. 5 marzo 1996, in causa C-48/93, *Factortame III*, secondo cui: l’obbligo risarcitorio dello Stato nei confronti del singolo sorge allorché la norma comunitaria violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; la violazione da parte degli organi dello Stato sia sufficientemente caratterizzata e, infine, vi sia un nesso causale diretto tra la violazione dell’obbligo incombente sullo Stato e il danno subito dal soggetto leso. Nel precedente in parola, la Corte di giustizia richiamava peraltro espressamente l’art. 215 Tr. CE (attuale art. 340 TfUE), a mente del quale la responsabilità extracontrattuale dell’Unione per i danni cagionati dalle sue istituzioni nell’esercizio delle loro funzioni è regolata “*conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*”. Si v. anche JACOBS, *Jurisdiction and Enforcement in EEC Competition Cases*, in ROWE-JACOBS-JOELSON (eds.), *Enterprise Law of the 80’s. European and American perspectives on competition and industrial organisation*, New York, 1980, 204 ss., 215, per il quale la questione dell’esistenza di un diritto dei singoli al risarcimento del danno da violazione delle norme *antitrust* comunitarie avrebbe potuto essere risolta autonomamente, in virtù della semplice interpretazione del Trattato, senza tributare soverchia attenzione al diritto interno, alla ricerca di un congruo rimedio civilistico, all’insegna del principio-dogma per il giurista di *common law* secondo cui “*remedies precede rights*”.

Questo fenomeno è testimoniato dalla diversa recezione che l'*acquis* comunitario ricognitivo dell'efficacia diretta delle norme *antitrust* ha avuto nella giurisprudenza tedesca e inglese, e dunque nei due Paesi dove fino ad oggi si è consumata la gran parte del contenzioso civile da illeciti anticoncorrenziali di dimensioni comunitarie. Merita dunque esaminarne i più significativi approdi.

A creare inizialmente dibattito in Germania, ma sostanzialmente poi seguito dalla giurisprudenza di merito e recepito dalla legge tedesca sulla concorrenza (§ 33 GWB), è stato un noto precedente⁷⁴, in cui la Suprema Corte tedesca ritenne meritevole di accoglimento la domanda risarcitoria promossa da un rivenditore, che lamentava l'ingiustificato rifiuto di contrarre oppostogli dal produttore delle merci per conto del quale l'attore le aveva distribuite in passato, nonostante questi fosse in possesso di tutti i requisiti necessari per far parte della rete di distribuzione selettiva del produttore. Il BGH, tuttavia, giudicò legittimo il rigetto della cumulata domanda di condanna a rifornire di merci l'attore per il futuro, affermando che lo scopo protettivo ("*Schutzzweck*") dell'art. 85 Tr. CEE si sarebbe esaurito nel vietare indebite restrizioni della concorrenza, sussumibili nella fattispecie del § 823, Abs. 2, BGB, ma non si sarebbe esteso fino ad imporre un obbligo di contrarre in capo all'impresa convenuta.

⁷⁴ BGH, 12 maggio 1998, KZR 23/96, *Depotkosmetik*, in *NJW-RR*, 1999, 199 ("Ein Anspruch auf Belieferung ist vom Schutzzweck des Artikel 85 EGV hingegen nicht erfasst"), nonché in *Gewerb. Rechtsschutz und Urheberrecht*, 2000, 848, con nota di WEYER, *Belieferungsanspruch bei Verstoss gegen Art. 81 EG?*. L'arresto è noto anche per avere affermato che l'ambito soggettivo della tutela offerta dal Trattato non includerebbe soltanto i concorrenti dell'impresa, la cui condotta sia in violazione del divieto *antitrust*, ma anche gli altri partecipanti al mercato e così pure le imprese "a valle" e i consumatori: v. AICHER-SCHUMACHER-STOCKENHUBER-SCHROEDER, *EGV Art. 81 Verbot wettbewerbsbeschaenkender Vereinbarungen und Verhaltensweisen (Nizza-Fassung)*, in GRABITZ-HILF, *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auf., München, 2009, 68; LÜBBERT, *Grundsätze (Art. 81 und 82 EG)*, in WIEDEMANN, *Kartellrecht*, 2. Auf., München, 2008, § 31. Sulla novella della legge tedesca della concorrenza, e l'abbandono del tralazio canone interpretativo noto come *Schutzgesetzprinzip*, a favore di una enunciazione espressa (e assai lata) dei legittimati sostanziali ad invocare la protezione della normativa, v. WURMNEST, *A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition*, in *German Law Journ.*, 2005, 1173 ss., spec. 1180-1182.

Assai più variegata è la giurisprudenza inglese, dove, complice la tipicità delle *causes of action*⁷⁵, è da sempre alquanto discusso se la violazione delle regole di concorrenza comunitarie sia qualificabile *sub specie* di “economic tort” (e poi, all’interno di tale insieme, quale ‘inducement of breach of contract’, ‘intimidation’, ‘unlawful interference with trade or business’, ‘conspiracy’), ovvero dia luogo a ‘breach of a statutory duty’⁷⁶.

Spicca nel panorama casistico un *obiter dictum* della Court of Appeal, in cui Lord Denning (all’epoca Master of the Rolls), con la consueta lungimiranza, affermò che: “articles 85 and 86 are part of our law. They create new torts or wrongs. Their names are ‘undue restriction of competition within the common market’; and ‘abuse of dominant position within the common market’. Any infringement of those articles can be dealt with by our English courts. It is for our courts to find the facts, to apply the law, and to use the remedies which we have available”⁷⁷.

Il *leading case* in materia è però considerato essere una decisione della House of Lords nel caso *Garden Cottage Foods v. Milks Marketing Board* (1983)⁷⁸. Rilevano peraltro le motivazioni rese in ciascuno dei tre gradi di giudizio. Nel caso di specie, una esportatrice di burro all’ingrosso, la Garden Cottage, lamentava che la scelta improvvisa dell’ente pubblico economico nazionale per la raccolta del latte, il Milks Marketing Board, di ridurre il numero dei suoi distributori esclusivi per le esportazioni, di cui l’attrice aveva in precedenza fatto parte, ed il conseguente rifiuto dell’ente di rifornire

⁷⁵ Su cui è d’uopo il rimando a GORLA, *Studio storico-comparativo della “Common Law” e scienza del diritto (Le forme d’azione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 25 ss.; TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1990, 353 ss., nonché DIMAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3° ed., Milano 2001, 13 ss..

⁷⁶ V. MÄSCH, *Private Ansprüche*, cit., 835.

⁷⁷ Court of Appeal, 22 maggio 1974, *Application des Gaz S.A. v. Falks Veritas Ltd.* [1974] Ch. 381; *contra*, però, Court of Appeal, 8 giugno 1978, *Valor International Ltd. v. Application des Gaz S.A.*, [1978] 3 C.M.L.R. 87, *per Roskill LJ*: “[there are] many questions which will have to be argued in this Court or elsewhere in this country or at Luxembourg before it can be stated categorically ... that Articles 85 and 86 create new torts or wrongs”. Con ampia rassegna casistica, v. RODGER, *Competition law litigation in the UK: a study of all cases to 2004*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2006, 241 ss. (I parte); *ivi*, 2006, 272 ss. (II parte).

⁷⁸ House of Lords, 23 giugno 1983, [1983] 3 C.M.L.R. 43, su cui v. HOSKINS, *Garden Cottage revisited: the availability of damages in national courts for breaches of the EEC competition rules*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1992, 257 ss..

ulteriormente l'attrice, avrebbe costretto quest'ultima ad approvvigionarsi presso i distributori rimasti, vedendo così ridursi il suo margine di profitto. Secondo l'attrice, la condotta dell'ente avrebbe integrato gli estremi di un abuso di posizione dominante. L'attrice chiedeva pertanto che l'ente convenuto fosse condannato a contrarre alle medesime condizioni applicate ai suoi distributori esclusivi e che, in via interinale, gli fosse altresì inibito di imporre all'attrice condizioni contrattuali deteriori. Per diritto inglese, giova premettere, è in generale ammessa la tutela inibitoria (sotto forma di "injunction") per qualunque diritto di fonte legislativa ("statutory right") risulti minacciato o leso.

La High Court (Parker J), in prima battuta, rigettava l'istanza della Garden Cottage, affermando che il rimedio più adeguato, nel caso di specie, sarebbe stato quello del risarcimento pecuniario, attesa inoltre la difficoltà di formulare una *injunction* del contenuto prospettato dall'attrice (la quale chiedeva imporsi al convenuto un *facere* infungibile, con la più confacente terminologia processualciviltistica nostrana).

Contro tale decisione veniva proposto appello immediato, all'unanimità accolto dalla Court of Appeal⁷⁹. Per il giudice inglese di secondo grado, la concessione del *relief* risarcitorio, per quanto il danno paventato dall'attrice avesse natura meramente patrimoniale, non avrebbe posto quest'ultima al riparo dal rischio di fallimento nelle more del processo. Vi era però anche un altro elemento che, a giudizio della corte, avrebbe deposto a favore della concessione dell'inibitoria richiesta dall'attrice. In un caso analogo (del 20 febbraio 1980), la Commissione aveva infatti esortato i soggetti danneggiati da condotte anticoncorrenziali a considerare la possibilità di adire i giudici nazionali, anziché rivolgersi all'istituzione comunitaria – pur dotata di poteri analoghi⁸⁰

⁷⁹ Court of Appeal, 18 maggio 1982, [1982] 2 C.M.L.R. 542, *per* Lord Denning, M.R..

⁸⁰ In tal senso v. C. giust., sent. 17 gennaio 1980, in causa 792/79 R, *Camera Care Ltd. c. Commissione*; ord. 22 ottobre 1975, in causa 109/75 R, *National Carbonising Company Ltd. c. Commissione*. Nel primo caso, un'impresa irlandese di riparazione, locazione e vendita di apparecchiature per la fotografia professionale, la Camera Care, aveva denunciato alla Commissione l'abuso di posizione dominante commesso dalla sua fornitrice esclusiva, la Hasselblad, avente sedi in Inghilterra e Svezia, la quale si era rifiutata di rifornire la denunciante di ulteriori pezzi di ricambio. In virtù della rete di distribuzione "chiusa" posta in essere dalla fornitrice, la Camera Care non avrebbe infatti potuto rifornirsi presso altri distributori dei medesimi prodotti. Nelle more del procedimento di infrazione, la ricorrente

–, onde richiedere l’adozione di misure cautelari e inibitorie in specie. Il procedimento nazionale, a detta della Commissione, avrebbe infatti potuto rivelarsi assai meno dispendioso e l’esecuzione del provvedimento risultare più agevole e tempestiva se a pronunciarlo fosse stato il giudice di uno Stato membro⁸¹. Queste considerazioni, informate ai principi di effettività della tutela, di prossimità e di economia processuale, più di tutte avevano persuaso Lord Denning ad individuare nell’inibitoria della condotta anticoncorrenziale il rimedio preferenziale da adottare nel caso di specie (“I think that

chiedeva alla Commissione di emettere una decisione provvisoria nei confronti della Hasselblad, onde obbligare quest’ultima a riformire la ricorrente alle condizioni abituali; domanda che veniva dalla Commissione respinta sulla base del fatto che l’art. 3, Reg. 17/1962 avrebbe sì consentito a quest’ultima di rivolgere alle imprese sanzionate determinate raccomandazioni finalizzate a far cessare l’infrazione accertata, ma nulla avrebbe previsto con riguardo all’adozione di misure cautelari nel corso della fase istruttoria, talché l’art. 3 cit. non avrebbe potuto essere invocato a base giuridica idonea. Diversamente, la Corte ritenne che l’effettività del potere attribuito alla Commissione dall’art. 3, Reg. 17/1962 sarebbe dipesa anche e proprio dalla possibilità di adottare misure cautelari nei casi di comprovata urgenza, onde assicurare l’efficacia pratica delle decisioni dirette a vincolare le imprese a determinati comportamenti *pro futuro*, a valle di una accertata violazione del Trattato. Nel secondo caso, un’impresa di estrazione di carbone aveva impugnato la decisione con cui la Commissione aveva negato l’adozione di un provvedimento cautelare, formulando istanza di sospensione dell’efficacia di tale decisione nelle more del ricorso. L’istanza di sospensione veniva però respinta dal Presidente della Corte (Lecourt), il quale rilevava che, a seguito di un ipotetico accoglimento di un’istanza siffatta (tale per cui la sospensione del provvedimento negativo sarebbe *in thesi* equivalsa alla positiva adozione della cautela richiesta), la Corte avrebbe finito per sostituirsi alla Commissione nell’esercizio di un potere cautelare da ritenersi attribuito a quest’ultima in via esclusiva. *Ratio* comune ad entrambi i precedenti fu quella di negare che l’impugnazione delle decisioni cautelari della Commissione avrebbe dato luogo a una sorta di giudizio di reclamo avanti al Giudice comunitario, il cui sindacato sull’atto impugnato non si sarebbe potuto in ogni caso estrinsecare nell’esercizio di un potere sostitutivo. Per una più approfondita disamina delle ipotesi di conflitto tra misure cautelari adottate dalla Commissione ed il potere di inibire l’efficacia degli atti impugnati, spettante in via generale alla Corte di giustizia, v. LASOK, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 2nd ed., London-Dublin-Edinburgh, 1994, 241 ss.; v. anche Trib. primo grado, ord. 6 dicembre 1989, in causa T-131/89, *Cosimex GmbH c. Commissione*, secondo cui i principi che presiedono alla ripartizione delle competenze tra la Commissione e il giudice comunitario ostano a che il Tribunale possa imporre in via di urgenza alla Commissione di riconsiderare una domanda cautelare dalla medesima respinta senza avere previamente disposto l’annullamento della decisione di diniego impugnata. Nelle more del giudizio di impugnazione avverso il provvedimento di diniego, la domanda cautelare andrà dunque necessariamente riproposta alla Commissione.

⁸¹ La presa di posizione della Commissione nel precedente citato da Lord Denning dovette apparire tanto più significativa, tenuto conto della sua provenienza da un organo tradizionalmente geloso delle proprie prerogative istituzionali ed assai poco incline a rinunciare al loro esercizio per lasciare tale compito alle giurisdizioni degli Stati membri, e così ad autorità subordinate dal suo punto di vista (confortato dal contesto normativo del Reg. 17/1962). Le premesse per un genuino, se non ineludibile, decentramento nell’applicazione del diritto comunitario della concorrenza, ben si vede, si davano già allora.

the only effective remedy in such a case is an injunction [...] The order is more easily policed here by way of seeing that the injunction is obeyed”).

Ancora diversa, di netto *overruling*, fu la decisione della House of Lords.

Nel disporre l’annullamento dell’ordinanza interinale emessa dalla Court of Appeal, il giudice inglese di ultima istanza reputava che la High Court non fosse incorsa nella violazione di legge imputatale dal giudice di appello. La High Court si era infatti limitata a statuire che il rimedio risarcitorio sarebbe stato sufficiente a garantire piena soddisfazione ai diritti dell’attrice, ma non aveva affatto escluso, d’altro lato, che la violazione delle norme sulla concorrenza avrebbe astrattamente legittimato l’adozione di misure inibitorie in casi acconci. La motivazione dei Lords lambiva dunque solo marginalmente il tema della natura della *cause of action* derivante dalla violazione delle norme del Trattato, ed atteneva piuttosto alla censura di un *error in iudicando* (*de iure procedendi*) rilevante per diritto interno⁸². Si suole, nondimeno, attribuire portata di precedente vincolante, quanto al riconoscimento di un diritto risarcitorio di origine legale a favore della vittima di una violazione *antitrust*, alla seguente affermazione che campeggia nella *majority opinion* di Lord Diplock: “I, for my own part, find it difficult

⁸² Segnatamente, per presunta violazione della regola processuale secondo cui “*the court should not in interlocutory proceeding decide difficult questions of law which call for detailed argument and mature consideration*”, e dei criteri che sottendono l’adozione di provvedimenti interinali, quali enunciati nel precedente *American Cyanamid*, [1975] A.C. 396, vale a dire: (a) l’esistenza di una questione controversa di non immediata soluzione (“*a serious question to be tried*”); (b) la non satisfattorietà del rimedio risarcitorio (“*inadequacy of damages*”); (c) il bilanciamento degli interessi reciproci delle parti (“*the balance of convenience*”); (d) l’assenza di circostanze eccezionali (“*special cases*”). Vien fatto anche di notare che la giurisprudenza inglese ha progressivamente abbandonato l’approccio formalistico che aveva contraddistinto le prime esperienze applicative dei suddetti criteri, con l’effetto che non sempre l’adozione delle misure interinali di tipo inibitorio potrà essere negata per il sol fatto, ad esempio, che il patrimonio dell’obbligato si appalesi sufficientemente capiente e idoneo quindi a garantire la soddisfazione dei diritti del ricorrente *in exitu litis*. V. BEAN-PARRY, *Injunctions*, 8th ed., London, 2004, 24 ss., 28-29. Le problematiche emerse in quel dibattito riportano, per la rassomiglianza degli argomenti spesi, alla nota diatriba sulla concessione automatica della provvisoria esecutorietà dei provvedimenti monitori ingiunzionali *ex art. 648, co. II, c.p.c.* in presenza di un’offerta di cauzione da parte del creditore; vicenda culminata, come noto, con la dichiarazione di illegittimità della norma da parte di C. Cost., 4 maggio 1984, n. 137 (in *Foro it.*, 1984, I, 1775, nt. PROTO PISANI; in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 397, nt. CONSOLO, *A proposito di ingiunzione esecutiva su cauzione*; in *Giust. civ.*, 1984, I, 2029, nt. CECHELLA), per offesa al principio di uguaglianza ma altresì al diritto di difesa dell’opponente, minacciato dalla sterilizzazione del potere di cognizione del giudice dell’opposizione in ordine alla sussistenza del *periculum executionis* e di circostanze eccezionali tali da giustificare il diniego della p.e. pur a fronte di una congrua offerta di cauzione.

to see how it can ultimately be successfully argued ... that a contravention of Article 86 which causes damages to an individual citizen does not give rise to a cause of action in English law of the nature of a cause of action for breach of a statutory duty”⁸³.

La fase di ricezione delle norme comunitarie dotate di efficacia diretta ha conosciuto anche momenti di più forte tensione. Talvolta il diritto sostanziale nazionale ha rischiato di frapporsi come ostacolo al godimento di una tutela giurisdizionale effettiva da parte del singolo, come avvenuto nella saga *Courage v. Inntrepreneur Pub*, culminata in una pronuncia della Corte di giustizia.

Il caso in questione concerneva un contratto di affitto ventennale stipulato tra la società *Courage*, produttrice di birra e proprietaria di diversi immobili nel Regno Unito adibiti a *pub*, e l'affittuario di uno di tali immobili, il sig. Crehan. A termini del contratto di affitto, l'affittuario era vincolato altresì a rifornirsi di birra esclusivamente presso la *Courage*, a prezzi prefissati. Allorché, nel 1993, la *Courage* agiva nei confronti

⁸³ V. MAXWELL-KON, *Enforcement in national courts of the EC and new UK competition rules: obstacles to effective enforcement*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1998, 443 ss., 452 e la dottrina cit. alla nota 55. Ma nel senso che una presa di posizione sull'ammissibilità in astratto del rimedio risarcitorio sarebbe stata prematura, v. l'*opinion* di Lord Wilberforce in quello stesso precedente, di cui si riportano i passaggi centrali: "It can I think be accepted that a private person can sue in this country to prevent an infraction of Article 86. This follows from the fact, which is undisputable, that this Article is directly applicable in member States. ... Since Article 86 says that abuses of a dominant position are prohibited, and since prohibited conduct in England is sanctioned by an injunction, it would seem to follow that an action lies, at the instance of a private person, for an injunction to restrain the prohibited conduct. But can he recover damages? ... So far as the Community is concerned, Article 86 is enforced under Regulation 17 by orders to desist (Article 3) and if necessary by fines (Article 15), and the Court of Justice has similar powers on review. Fines are not payable to persons injured by the prohibited conduct, and there is no way under Community law by which such persons can get damages. So the question is, whether the situation is changed, and the remedy extended, by the incorporation of Article 86 into our law by the European Communities Act 1972, section 2. To say that thereby what is prohibited action becomes a tort or a 'breach of statutory duty' is, in my opinion a conclusionary statement concealing a vital and unexpressed step. All that section 2 says (relevantly) is that rights arising under the Treaty are to be available in law in the United Kingdom, but this does not suggest any transformation or enlargement in their character. Indeed, the section calls them 'enforceable Community rights' – not rights arising under UK law. ... There is of course nothing illogical or even unusual in a situation in which a person's rights extend to an injunction but not to damages – many such exist in English law. Community law which is what the English court would be applying is, in any case, sui generis and the wording used in Article 86 'prohibited' and 'so far as it may affect trade between the member States' suggest that this may be such a case – the purpose of this Article in the Treaty being, so far as necessary, to stop such practices continuing. No doubt there are arguments the other way; I am certainly not contending for reverse unarguability, but I regret that this House should take a position on this point, which was only skeletally argued, in interlocutory proceeding".

del sig. Crehan per il pagamento di talune fatture relative a forniture pregresse, l'affittuario opponeva in compensazione il credito risarcitorio di cui egli sarebbe risultato titolare, per asserita contrarietà all'art. 85 Tr. CEE della clausola di fornitura esclusiva apposta al contratto di affitto, la quale avrebbe provocato una consistente riduzione degli utili dell'affittuario, constando che la Courage rifornisse a prezzi inferiori i titolari di *pub* indipendenti. La domanda riconvenzionale del convenuto, in primo grado, veniva respinta sulla scorta del principio consolidato di *common law* secondo cui il contraente, che sia parte di un contratto illecito, non ha titolo per chiedere i danni, là dove la *causa petendi* della domanda risarcitoria sia costituita dal medesimo contratto⁸⁴.

Il superamento di tale principio di diritto interno è dovuto alla pronuncia della Court of Appeal, la cui motivazione non era imperniata sui precedenti comunitari che avevano sancito la diretta applicabilità delle norme di concorrenza nei rapporti orizzontali (v. *retro*, *sub* § VII), e da cui, secondo il giudice inglese, si sarebbe potuta attingere al più un'indicazione utile quanto alla legittimazione sostanziale ad esperire i rimedi privatistici, non limitata ai "terzi" ma tale da comprendere anche le parti di un contratto comunitariamente illegittimo ("While the phrase is wide enough to embrace a co-contractor the Court was not addressing the question whether or no a party to a prohibited agreement is given any rights by Article 85 for damage caused to him by the existence and implementation of the agreement"). L'argomento portante, che suscitava il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, si presentava invece come frutto di un'interpretazione teleologica delle norme *antitrust*, suffragata da una indagine comparatistica. Non sfuggiva infatti alla Court of Appeal che la questione concernente

⁸⁴ High Court, 25 novembre 1998, *Courage Ltd v. Crehan*, [1998] EWHC Ch 281 (Carnwath J), che richiama la regola enunciate dal precedente *Tinsley v Milligan* [1993] UKHL 3 (24 giugno 1993): "a plaintiff making a claim is entitled to recover if he is not forced to plead or rely on the illegality, even if it emerges that the title on which he relied was acquired in the course of carrying through an illegal transaction". Per un'ampia rassegna dei precedenti che hanno fatto applicazione del principio *ex dolo malo non oritur actio*, con analogo corrispettivo nella massima di *equity* secondo cui: "those who come to justice must come with clean hands", risalente al caso *Haley* [1869] ("equity will not grant a remedy for the protection of a fraudulent trade"), v. WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, 2003, 33 ss..

la risarcibilità dei danni subiti dal compartecipe nell'illecito anticoncorrenziale si era presentata tale e quale alla giurisprudenza statunitense, per prima chiamata a conciliare i principi generali di *common law* con le previsioni della pionieristica legge a tutela del mercato, colà vigente dal 1890 (c.d. *Sherman Act*). Ebbene, le obiezioni civilistiche al riconoscimento di un diritto risarcitorio in capo alla parte di un contratto illecito, secondo quanto postulato dal *common law*, erano state arginate dalle corti federali facendo leva sulle finalità proprie della legislazione *antitrust*. Queste ultime, si era detto prammaticamente, sarebbero state più efficacemente perseguite con l'ammettere, piuttosto che col negare, l'azione risarcitoria ai contraenti, quantunque parti di una intesa illecita⁸⁵.

Pari argomenti fondavano il responso del Giudice comunitario. Mutuata la tesi secondo cui il riconoscimento di un diritto risarcitorio in capo ai soggetti del rapporto negoziale “rafforza il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche” anticoncorrenziali, la Corte ribadiva però, soprattutto, che “spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi interni

⁸⁵ United States Court of Appeals, 7th Circuit 392 U.S. 134, *Perma Life Mufflers Inc. v International Parts Corp.* (1968): “There is nothing in the language of the Anti Trust Acts which indicates that Congress wanted to make the Common Law *in pari delicto* doctrine a defence to treble damage actions, and the facts of this case suggest no basis for applying such a doctrine even if it did exist. Although *in pari delicto* literally means “of equal fault” the doctrine has been applied, correctly or incorrectly, in a wide variety of situations in which a plaintiff seeking damages or equitable relief is himself involved in some sort of wrong doing. We have often indicated the inappropriateness of invoking broad common law barriers to relief where a private suit serves important public purposes ... [past decisions] were premised on a recognition that the purposes of the Anti Trust Laws are best served by ensuring that the private action will be an ever-present threat to deter any one contemplating business behaviour in violation of the Anti Trust Laws. The plaintiff who reaps the reward of treble damages may be no less morally reprehensible than the defendant, but the law encourages his suit to further the overriding public policy in favour of competition”. Non si può nascondere, tuttavia, come siffatto argomentare sottenda una rilevante inversione logica. Laddove, infatti, la risposta alla questione concernente la possibilità giuridica di un'azione risarcitoria da parte del contraente dovrebbe potersi desumere proprio a partire dalla individuazione delle finalità delle norme sostanziali violate, il precedente statunitense citato dalla Court of Appeal inglese muove invece dall'assunto che le finalità della normativa *antitrust*, quali che siano, sarebbero meglio perseguite ammettendosi tale azione: a stretto rigore, quindi, la tesi sopra esposta non indaga affatto il fondamento giuridico del diritto risarcitorio, alla luce della disciplina sostanziale, ma si limita ad elevare tale diritto a strumento per il raggiungimento degli scopi del diritto obiettivo. Per una convincente critica a tale impostazione v. la dottrina citata *retro*, alla nota 68.

intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell'effetto diretto del diritto comunitario", a patto che *"dette modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna ... né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario"*⁸⁶.

Dei due limiti posti all'autonomia del legislatore nazionale nell'approntare i rimedi sostanziali, solo il principio di effettività (e non già quello di equivalenza) sarebbe dunque sovvenuto a sostegno della pretesa dell'affittuario nel caso concreto, rendendola giuridicamente tutelabile, siccome per l'ordinamento interno egli non avrebbe potuto vantare alcuna.

Il cennato principio di effettività veniva in seguito nuovamente applicato dalla Court of Appeal, a valle dell'incidente comunitario, per respingere l'ulteriore eccezione sollevata contro la domanda riconvenzionale dell'affittuario, nell'ormai ultradecennale contenzioso anglocomunitario. Anche una volta rimossi gli anzidetti limiti di diritto interno alla risarcibilità del pregiudizio derivato ad uno dei contraenti a motivo della sua partecipazione al negozio illecito, sosteneva la Courage, l'affittuario non avrebbe comunque avuto titolo a domandare il risarcimento del danno, avuto riguardo allo *scopo della norma* che egli assumeva violata. L'art. 85 Tr. CE, nell'interpretazione datane

⁸⁶ C. giust., sent. 20 settembre 2001, in causa C-453/99, *Courage Ltd. c. Bernard Crehan*, in *Corr. giur.*, 2002, 454 ss., nt. COLANGELO, *Intese oborto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*. Secondo questo A. la Corte di giustizia avrebbe impropriamente dilatato la nozione di intesa anticoncorrenziale, vietata dall'art. 81 Tr. CE (attuale art. 101 TfUE), fino ad includervi il caso in cui uno dei contraenti imponga unilateralmente all'altro l'accettazione di condizioni contrattuali inique: in ipotesi di tal fatta, si argomenta, poiché l'elemento volontaristico di uno dei contraenti dovrebbe ritenersi pressoché annullato, la qualificazione *sub specie* di intesa anticoncorrenziale parrebbe incongrua. Riteniamo, tuttavia, di poter dissentire da tale opinione. Nel caso di specie, infatti, il contratto di affitto stipulato tra la società Courage ed il sig. Crehan veniva in rilievo in tanto in quanto appartenente ad una serie di contratti simili in essere tra la stessa Courage e gli affittuari degli immobili di proprietà della prima. Era quest'ultima, unitariamente considerata, la situazione fattuale posta alla base della pronuncia interpretativa, e di cui il singolo contratto azionato costituiva solo un unico frammento. Che al contraente in questione, e così alla parte "debole" del rapporto negoziale, fossero state imposte talune clausole che sbilanciavano il regolamento di interessi, non avrebbe dunque avuto una rilevanza decisiva ai fini della qualificazione della fattispecie. V. infatti il punto 34 della motivazione, in cui la Corte, aderendo ai rilievi formulati dalla Commissione e dal governo del Regno Unito, osserva che un contratto può risultare in contrasto con l'art. 85, n. 1, del Trattato "per il solo motivo di far parte di una rete di contratti analoghi che producono un effetto cumulativo sul gioco della concorrenza".

dall'attrice, avrebbe infatti tutelato le sole imprese concorrenti da restrizioni indebite del mercato. Di qui il perpetuarsi *in thesi* dell'eccezione di carenza di legittimazione sostanziale del convenuto, il quale non apparteneva al novero dei soggetti che si sarebbero giovati dei doveri di protezione implicati da quella norma, per il caso in cui il loro accesso al mercato fosse stato in concreto impedito o seriamente compromesso dai contratti "leganti" (in quanto muniti di clausole di esclusiva) dalla Courage stipulati con gli affittuari degli immobili di sua proprietà. Sotto tale luce, la domanda riconvenzionale del convenuto sarebbe apparsa esorbitante rispetto alla qualificazione dell'illecito anticoncorrenziale impartita dalla pronuncia della House of Lords nel mentovato precedente *Garden Cottage*⁸⁷.

Questa tesi, ancorché dirimente per diritto interno ("*the statutory duty argument is without doubt a formidable one*"), veniva, come detto, apertamente accantonata, privilegiandosi dal giudice inglese una lettura sostanzialistica, in chiave espansiva, della pronuncia interpretativa resa dalla Corte di giustizia. In coerenza col principio di effettività del diritto comunitario, si ritenne infatti che il *dictum* della Corte avesse inteso estendere niente meno che la legittimazione sostanziale ad esperire il rimedio risarcitorio a tutti quei soggetti, la cui sfera giuridica fosse stata negativamente incisa dalla condotta anticoncorrenziale – secondo criteri di causalità che sarebbe spettato al diritto nazionale definire –, ancorché privi della qualifica di concorrente dell'impresa responsabile della violazione o collocati su un diverso gradino della scala mercantile⁸⁸.

⁸⁷ L'eccezione in questione faceva in sostanza capo all'orientamento di *common law* secondo cui il danneggiato è onerato di provare che il dovere imposto dalla norma di legge violata sia stato previsto a protezione dell'interesse di cui si lamenta la lesione: v. *South Australia Asset Management Corp v York Montague Ltd* [1996] UKHL 10 (20 June 1996), *per* Lord Hoffmann: "How is the scope of the duty determined? In the case of a statutory duty, the question is answered by deducing the purpose of the duty from the language and context of the statute: *Gorris v. Scott* (1874) L.R. 9 Ex. 125". Per analogia di impostazione v. anche *Brunswick Corporation v Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, US Supreme Court (1977) 97 S. Ct. 690: "for the plaintiff to recover treble damages ... they must prove more than injury casually linked to an illegal presence in the market. Plaintiffs must prove antitrust injury, which is to say injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes the defendants' acts unlawful".

⁸⁸ Court of Appeal, 21 maggio 2004, [2004] EWCA Civ 637, *per* Gibson LJ, punto 167: "the ECJ was well aware that it was only distortion at the distribution level that constituted a breach of Art. 81 and, further, that Mr. Crehan had neither claimed, nor could he have claimed, a loss at that level.

8. *La legittimazione sostanziale ampia conferita ai singoli dal diritto comunitario della concorrenza. Implicazioni del principio della tutela giurisdizionale effettiva sui criteri di accesso alla giurisdizione ed in particolare sull'interpretazione delle norme della lex fori in materia di competenza funzionale.*

Il processo ermeneutico di individuazione dei titolari delle posizioni di vantaggio delineate dal diritto della concorrenza, principiato con il riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme del Trattato ad opera della Corte di giustizia e proseguito poi nel quotidiano lavoro qualificatorio dei giudici degli Stati membri, con varietà di accenti dovuti a retaggi e sensibilità giuridiche differenti, veniva portato a coronamento dalla pronuncia *Manfredi* (2006)⁸⁹, cui si deve il riconoscimento in capo ai consumatori di una veste giuridica idonea a consentire loro di “*far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata ... e chiedere il risarcimento del danno*” (punto 63). Ed invero, vien fatto di aggiungere, di esperire qualunque altro rimedio contemplato dal diritto nazionale e riconducibile all'applicazione delle norme comunitarie munite di efficacia diretta⁹⁰.

La pronuncia del Giudice comunitario, si badi, è intervenuta sullo sfondo di un noto *revirement* della Corte di cassazione italiana, chiamata anch'essa a prendere posizione sul perimetro della legittimazione sostanziale a promuovere le azioni nominate dall'art. 33, co. III, l. 287/1990, su riparto di giurisdizione tra g.a. e g.o. e competenza territoriale dell'a.g.o. in materia *antitrust*. E proprio da quest'ultima giurisprudenza, accomunata all'arresto interpretativo della Corte di giustizia dalla medesima vicenda sostanziale, conviene ora prendere le fila.

Nevertheless, it gave, or effectively gave, an affirmative answer to two questions which specifically referred to the parties to “a prohibited tied house agreement”. We think it must follow that the effect of the ECJ decision was to put its imprimatur on the particular claim of Mr. Crehan, holding that a right of the type of damages he claimed was conferred on him by Community law”.

⁸⁹ Sent. 13 luglio 2006, nelle cause riunite C-295/04 e C-298/04, in *Danno e Resp.*, 2007, 19 ss., nt. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*, e CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto della concorrenza*.

⁹⁰ Di nuovo in ossequio ai dettami della pronuncia *Rewe*, cit. (punto 44) e alla conforme giurisprudenza comunitaria citata da TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1994, 26, nt. 48, quale recepita dalla Commissione nella *Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato CEE* (N. 93/C) del 1993.

Giova in proposito ricordare che a seguito dell'accertamento dello scambio sistematico di informazioni tra numerose compagnie assicuratrici operanti nel settore della responsabilità civile obbligatoria per la circolazione degli autoveicoli, l'Autorità garante della concorrenza italiana aveva irrogato severe sanzioni pecuniarie nei confronti delle imprese coinvolte, la cui legittimità veniva in seguito confermata dal Consiglio di Stato (sent. n. 2199/2002). La notizia della sanzione aveva in breve innescato il deflagrare del contenzioso in sede civile promosso dagli assicurati. Questi ultimi, dedotto l'artificioso aumento dei premi assicurativi versati alle imprese partecipanti al cartello, chiedevano a vario titolo (risarcitorio, redibitorio) ristoro. In larga parte, stante l'esiguità del *petitum* mediato di ciascuna di esse, tali domande venivano introdotte con ricorso avanti al giudice di pace. Si poneva indi il problema di stabilire se in forza dell'art. 33, co.II, l. 287/1990, che attribuisce alla corte d'appello competente per territorio una competenza funzionale a conoscere delle domande di risarcimento del danno e di nullità delle intese vietate dalla legge *antitrust* nazionale, i giudici inferiori avrebbero dovuto rilevare il proprio difetto di competenza. L'applicabilità della richiamata norma processuale alle azioni risarcitorie promosse dai consumatori, ovvero, in altri termini, la possibilità per questi ultimi di invocare la normativa *antitrust* quale fondamento giuridico della domanda, ben si vede, si palesava questione preliminare da risolvere.

In un primo arresto, del 2002, la Cassazione aveva dato risposta negativa alla questione⁹¹. Da tale pronuncia, i cui snodi argomentativi si lasciano qui solo per sommi capi ripercorre, traspariva con nettezza la preferenza accordata dall'interprete ad una concezione ancora fortemente corporativistica della disciplina della concorrenza, quale

⁹¹ Si tratta di Cass., Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475 – Pres. De Musis; rel. Fittipaldi, in *Corr. giur.*, 2003, 339 ss., nt. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, e NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC auto)*, *ivi*, 747 ss.; in *Danno e resp.*, 2004, 933 ss., nt. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazione di norme antitrust*; in *Foro it.*, 2003, I, 1121 ss., nt. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni "extravagantes" per un illecito inconsistente* e SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*. V. anche CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss., sulla cui posizione si ritornerà *infra*, nelle note al testo.

statuto a precipua tutela dell'imprenditore e non di altri (se non di riflesso, in via di mero fatto, per così dire). A dispetto del suo promettente esordio, dominato dalla constatazione secondo cui, agli occhi del legislatore del '90, il consumatore sarebbe stato “*un termine imprescindibile di riferimento del più generale fenomeno del 'mercato'*”, la pronuncia in discorso concludeva infatti che lo strumentario civilistico, approntato dalla legge per assicurare la repressione delle violazioni dei divieti *antitrust* – e così, in particolar modo, la declaratoria di nullità delle intese prevista dall'art. 33, co. II, l. 287/1990 –, sarebbe stato esclusivo appannaggio delle imprese in rapporto di concorrenza con le autrici dell'illecito. Dall'esterno, traendone solo indiretto giovamento, avrebbero guardato all'esperimento di siffatte azioni i consumatori, in capo ai quali, d'altro canto, avrebbe fatto difetto l'interesse a veder dichiarata la nullità delle intese anticoncorrenziali a monte tra le imprese assicuratrici, non essendo costoro parti di quegli accordi (argomento, quest'ultimo, assai debole di fronte all'art. 1421 c.c.). Qualora, cionondimeno, l'attuazione di siffatte intese sul mercato avesse arrecato loro un pregiudizio patrimoniale – chiosava la corte in un *obiter dictum* in realtà centralissimo – i consumatori avrebbero potuto far valere la responsabilità delle imprese colludenti con un'ordinaria azione risarcitoria aquiliana *ex art. 2043 c.c.*, da proporsi nel foro determinato secondo le consuete regole di competenza per valore e per territorio⁹².

⁹² A detta qualificazione extracontrattuale della domanda risarcitoria promossa dal consumatore avanti al giudice di pace, la Cassazione era peraltro addivenuta all'esito di uno scrutinio della *causa petendi* della domanda del ricorrente, da cui sarebbe emerso inequivocamente che l'esistenza di un accordo di cartello “a monte”, tra l'assicuratrice convenuta e le altre compagnie di assicurazione sanzionate in sede amministrativa, era stata allegata quale mero fatto storico e relegata sullo sfondo, per così dire, della pretesa sostanziale fatta valere. Né, d'altro canto, soggiungeva – ma qui davvero impropriamente – la Cassazione, constava che l'attore avesse evocato in giudizio le altre società assicuratrici compartecipi del cartello. Echeggia qui insomma la superata impostazione contrattualistica che per lungo tempo (fino alla metà del XX secolo) aveva inquadrato i cartelli alla stregua di autentici rapporti giuridici negoziali, suscettibili di autonomo accertamento quanto alla loro validità ed efficacia. Donde la declaratoria di nullità di un'intesa avrebbe esigito la partecipazione al giudizio di tutte le imprese parti dell'accordo, in qualità di litisconsorti necessarie. La tesi avallata dalla Cassazione, che vuole che dalla violazione dei precetti *antitrust* discenda una responsabilità aquiliana, aveva per altro verso attratto le severe critiche di quanti rilevava l'assenza di ogni riferimento all'interesse specifico facente capo ai consumatori, che sarebbe oggetto della protezione accordata dalla legge *antitrust* e suscettibile, se pregiudicato, di dar luogo a una pretesa risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c.: in tal senso v. CASTRONOVO, *op. cit.* alla nt. prec., il quale opta per una ricostruzione della fattispecie in termini di nullità (eventualmente solo parziale) del contratto stipulato col consumatore e attuativo dell'intesa

Neppure un triennio più tardi, l'orientamento in discorso veniva radicalmente sovvertito ad opera delle Sezioni Unite⁹³. La disciplina *antitrust* nazionale, attuativa dell'art. 41 Cost., osservava il *plenum*, alla luce della plurioffensività dei comportamenti da essa vietati e dell'idoneità di tali condotte a ledere gli interessi di una cerchia di soggetti più ampia di quella degli imprenditori (questi soli invece destinatari della disciplina codicistica in materia di concorrenza sleale), avrebbe esteso la sua tutela anche ai consumatori e più in generale a “*chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del carattere competitivo [del mercato] al punto da poter*

anticoncorrenziale, per contrarietà a norme imperative, quali appunto sarebbero i divieti sanciti dalla l. 287/1990. Secondo questo A., pertanto, ove l'intesa anticoncorrenziale abbia a tradursi in un illecito aumento dei prezzi praticati dalle imprese partecipanti al cartello, le controparti contrattuali di queste ultime ben potrebbero esigere la restituzione di una quota del corrispettivo, siccome la pattuizione relativa al prezzo dovrebbe intendersi caducata per la parte corrispondente al suo indebito aumento. La tesi è suadente ma, in definitiva, non del tutto persuasiva, non foss'altro che a motivo dei notevoli limiti che si incontrerebbero in sede applicativa le quante volte intese od altre pratiche restrittive della concorrenza non risultassero attuate attraverso la stipulazione di contratti “a valle” tra le imprese partecipanti all'accordo e i consumatori, bensì *aliunde*. Nel qual caso, si osservi, il consumatore rischierebbe pure di vedersi obiettare la mancata prospettazione di una situazione giuridica dipendente dall'intesa tacciata di nullità, e tale da legittimarla all'azione *ex art. 1421 c.c.*. Contro questa tesi depone inoltre il fatto che la contrarietà alle norme imperative (in specie, al divieto di accordi sui prezzi tra le imprese concorrenti) non atterrebbe al corrispettivo in sé e per sé, sibbene alle modalità con cui esso è determinato dall'impresa offerente (quale frutto, per l'appunto, della sua artificiosa fissazione a monte). Da questa luce, il contratto in questione non esibirebbe un oggetto contrario al precetto imperativo, come osserva NEGRI, *op. cit.*, 754-755 e in nt. 31, sulla scia della dottrina tedesca maggioritaria, compatta nel negare la nullità dei contratti a valle (*Folgeverträge*) per violazione del *Kartellverbot*. Per una disamina delle variegate ipotesi ricostruttive affacciate dalla dottrina civilistica in ordine agli effetti dell'illiceità di una intesa sui contratti conclusi con i consumatori, si v., anche per ult. riff., SIMONE, *Nullità delle intese anticoncorrenziali ed effetti sui contratti a valle*, tesi di dottorato, Roma, 2005, *passim*; MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, 193 (per la tesi dell'annullabilità per vizi del consenso); SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, 415 (per la tesi della nullità per illiceità della causa). Più di recente, una costruzione in chiave di collegamento negoziale e invalidità derivata è tentata da PERATONER-PONCIBÒ-VERTU, *Il profilo negoziale delle intese anticompetitive e delle pratiche concordate: risvolti di diritto civile e processuale*, in *Giust. civ.*, II, 2009, 369 ss.. Giova peraltro notare che una qualificazione aquiliana dell'illecito *antitrust* è compiuta, *de iure condito*, dall'art. 6, Reg. 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, in vigore tra gli Stati membri dall'11 gennaio 2009.

⁹³ Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207 – Pres. Carbone; rel. Berruti, in *Corr. giur.*, 2005, 333 ss., nt. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*; in *Danno e resp.*, 2005, 495 ss., nt. LIBONATI, *Antitrust e risarcimento del danno*; *ivi*, 949 ss., nt. DELLI PRISCOLI, *Norme antitrust e tutela del consumatore*; v. altresì GENOVESE, *Il risarcimento del danno a favore del consumatore che conclude il contratto attuativo di un'intesa vietata: intervengono le Sezioni Unite*, in *Studi in onore di G. Schriccker*, Milano, 2005, 333.

allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere". Conclusione logica da trarne: le domande promosse dai consumatori avrebbero dovuto ritenersi inevitabilmente attratte al foro speciale previsto dall'art. 33, co. II, l. 287/1990, e soggiacere così al giudizio in grado unico (salvo gravame di legittimità) avanti alla corte d'appello territorialmente competente⁹⁴.

⁹⁴ Esula dall'ambito della presente trattazione indagare la coerenza della cit. pronuncia alla stregua del diritto interno e così, in particolare, per la parte in cui le Sezioni Unite hanno escluso che la fattispecie di aumento del prezzo praticato sui consumatori per effetto di un'intesa illecita sia idonea a dar luogo ad un concorso di azioni e così pure a una domanda restitutoria ai sensi dell'art. 2033 c.c. (quale era stata in specie formulata dal consumatore-resistente), dal momento che l'indebito implicherebbe l'assenza di qualsiasi profilo di dolo o colpa in capo all'*accipiens*: per una condivisibile critica a questo argomento, fondata sulla specialità dell'illecito *antitrust* (e sull'inessenzialità dell'elemento subiettivo per aversi violazione di quei divieti) v. GENOVESE, *op. cit.*, 342 ss.. Doveroso è comunque, a fronte di una pronuncia che ben poco illumina sulla natura della situazione giuridica sostanziale di cui assume essere titolari i "terzi", diversi dai concorrenti delle imprese colludenti (con riguardo ai quali le Sezioni Unite molto precisamente parlano di diritto soggettivo alla "autoaffermazione economica della persona attraverso l'esercizio dell'impresa", rievocando la nozione tratteggiata della concorrenza come disciplina a tutela della personalità dell'imprenditore), chiedersi quale significato attribuire all'affermazione secondo cui, nell'ambito della disciplina tracciata dalla legge *antitrust* nazionale, "chiunque" può agire a tutela della conservazione del carattere competitivo del mercato allegando l'illiceità di un'intesa di cui si chiede la declaratoria di nullità. Due, a tale riguardo, sembrano le letture possibili del *dictum* della corte, dovendosene invece subito scartare una terza, e così che la l. 287/1990, per come interpretata dalle Sezioni Unite, abbia introdotto una nuova figura di azione popolare (su cui v. MIGNIONE, voce *Azione popolare*, in *Dig. dir. pubbl.*, Torino, 1987; CAPACCIOLI, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *Giust. civ.*, 1967, I, 178; BORGHESI, *Diritto soggettivo e azione popolare nella l. 23 dicembre 1966, n. 1147*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 542 ss.), finalizzata al ripristino della competitività del mercato e proponibile da qualunque consociato, in una posizione giuridica indifferenziata. Ciò che sarebbe appunto da escludersi avuto riguardo all'onere, che l'arresto in commento pone a carico dell'attore, di allegare uno "specifico pregiudizio" derivante dalla "rottura o dalla diminuzione di tale carattere del mercato". Venendo, allora, all'illustrazione delle due ipotesi interpretative più plausibili suscitate dal *dictum* in commento, si incontra, anzitutto, la lettura in senso tecnico-processuale suggerita da PAGNI, *op. cit.* alla nt. prec., secondo la quale "quel che la Corte vuol dire è – ritengo – che la domanda di risarcimento o di restituzione ha comunque, nella sua fattispecie, l'accertamento dell'esistenza della pratica vietata, e che questo accertamento può trasformarsi o meno in vera e propria causa pregiudiziale, suscettibile di costituire oggetto di autonoma pronuncia, sol che si tratti (non semplicemente di conoscere dell'esistenza dell'intesa illecita, ma) di statuirne, se necessario, la nullità; risultato cui chiunque, purché titolare di una situazione dipendente e munito del necessario interesse ad agire, può addivenire, a mente dell'art. 1421 c.c.". Trattasi di una ricostruzione condivisibile per la sua capacità di aderenza al diritto sostanziale in tutte le ipotesi da esso contemplate. L'art. 2, l. 287/1990 vieta infatti non soltanto la stipulazione di "accordi" tra imprese, aventi ad oggetto la restrizione del mercato, e così suscettibili di autonoma impugnazione e, se del caso, invalidazione (*ex tunc*) mediante una pronuncia giudiziale, ma anche ogni altra "pratica" restrittiva che pure non si sia concretata in un atto negoziale. In ipotesi di tal fatta, osserva l'A., "l'azione di nullità avrebbe più la funzione di un rimedio volto ad accertare l'illiceità del comportamento, che non quella di una impugnativa negoziale di stampo tradizionale"; onde sarebbe lecito concludere che la pronuncia delle Sezioni Unite avrebbe funzionalmente equiparato al rimedio inibitorio la declaratoria di nullità dei comportamenti vietati alle imprese. Si potrebbe, peraltro, ipotizzare anche che

Veniamo dunque all'approdo comunitario della vicenda, per più di un verso frutto della capacità predittiva del giudice di pace di Bitonto. Quest'ultimo, avuto sentore del mutamento giurisprudenziale poc'anzi descritto e che sarebbe di lì a poco sopravvenuto sul fronte interno, rimetteva alla Corte di giustizia, *inter alia*, le seguenti questioni pregiudiziali: se l'art. 81 Tr. CE avrebbe legittimato "i terzi portatori di un interesse giuridicamente rilevante a far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata dalla stessa norma comunitaria e a chiedere il risarcimento del danno"; e, in secondo luogo, se l'art. 33, co. II, l. 287/1990, ove ritenuto applicabile alla domanda proposta dal consumatore, deducendo una condotta illecita tanto per il diritto interno quanto per il diritto comunitario, avrebbe rappresentato un ostacolo al godimento di una tutela giurisdizionale effettiva da parte di costui⁹⁵.

le Sezioni Unite abbiano inteso semplicemente conformarsi all'orientamento inaugurato dalla Corte di giustizia nel caso *Courage* (2001), in cui si era appunto scandito che la nullità prevista dall'art. 85 Tr. CE "può essere fatta valere da chiunque" (punto 22), precedente che infatti è espressamente richiamato dalla sentenza della cassazione. Se così fosse, tuttavia, si potrebbero esprimere delle riserve in relazione alla via percorsa dalla cassazione. E difatti, la locuzione campeggiante nel precedente comunitario stava ad indicare soltanto che le norme del Trattato non sono rivolte unicamente agli Stati membri, ma altresì ai loro cittadini e alle loro imprese: solo in tal senso "chiunque" potrebbe invocarle. Chi volesse imputare a *ratio decidendi* della sentenza *Courage* un indiscriminato allargamento della legittimazione ad esperire i rimedi sostanziali previsti dal diritto nazionale – dubbio cui dà invero adito la concatenazione dei passaggi della motivazione delle S.U. – troverebbe agevole smentita nella conclusione cui lo stesso precedente comunitario è addivenuto, vale a dire che "il diritto comunitario non osta ... a che il diritto nazionale neghi ad una parte, della quale sia stata accertata una responsabilità significativa nella distorsione della concorrenza, il diritto di ottenere un risarcimento danni dalla controparte [salvo appunto il caso in cui uno dei contraenti si trovi in condizioni di inferiorità sul piano negoziale; verifica che la Corte aveva in specie demandato al remittente]" (punto 31). Ad escludere una siffatta incongrua prospettiva, tuttavia, può sovvenire il richiamo compiuto dalle S.U. all'art. 4, l. 287/1990, in tema di esenzioni temporanee dai divieti *antitrust*. Nell'includere il "beneficio del consumatore" tra i criteri valutativi sottesi all'esercizio della discrezionalità di cui gode l'autorità garante nel disporre l'esenzione degli accordi tra imprese dai divieti legali, osserva puntualmente la S.C., il Legislatore avrebbe infatti fatto mostra di considerare i consumatori quali portatori di un interesse specificamente tutelato dalla disciplina *antitrust*. E tale era appunto il fondamento della pronuncia del 2005.

⁹⁵ Non meno rilevante, ed anzi preliminare, era infatti il quesito con cui il Giudice di Pace remittente chiedeva di sapere se una violazione del genere accertato dall'Autorità garante della concorrenza italiana in applicazione del diritto interno, e così dell'art. 2, l. 287/1990, in ragione della potenziale estensione degli effetti della violazione all'intero mercato italiano e della partecipazione all'intesa di imprese domiciliate in altri Stati membri, ed attesa dunque la sua idoneità a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, avrebbe potuto assurgere altresì a *causa petendi* di una domanda risarcitoria fondata esclusivamente sulla violazione del diritto comunitario. E proprio in tal senso, giova notare, il remittente aveva proceduto a riquilibrare officiosamente il fondamento *in iure* della domanda del ricorrente (originariamente basata appunto sulla violazione del solo art. 2, l. 287/1990), di modo da

Alla prima questione la Corte rispondeva in termini affermativi quanto però latissimi ed elusivi rispetto al cuore del problema, che avrebbe necessitato una più netta enunciazione in punto di (titolarità degli) interessi rilevanti, protetti dalle norme comunitarie. La Corte ribadiva infatti a gran voce che “*qualsiasi singolo*” è, in linea di principio, legittimato a far valere in giudizio la violazione dell’art. 81 Tr. CE nonché a chiedere il risarcimento del danno “*causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza*” (punti 59 e 60).

Senonché tutto ciò atteneva palesemente ad un *posterius*, nell’ordine strutturale degli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità aquiliana prospettata dal remittente, e segnatamente al nesso eziologico; laddove la pronuncia interpretativa era stata sollecitata, a ben vedere, con riguardo anzitutto all’elemento subiettivo della fattispecie sostanziale, concernente la titolarità dell’interesse giuridicamente tutelato dal diritto comunitario. Tale elemento sembra invece pressoché sorvolato dalla pronuncia

scongiurare ogni dubbio in merito alla ricevibilità dei quesiti pregiudiziali, resi attinenti all’applicazione di norme di diritto comunitario nel processo *a quo*. Cfr. CARPAGNANO, *Il danno doppio: breve commento alla sentenza del Giudice di Pace di Bitonto nel caso Manfredi*, in *Danno e resp.*, 2007, 1278 ss., 1281, il quale sembra peraltro dubitare della compatibilità di siffatta operazione di riqualificazione d’ufficio con il diritto comunitario, atteso che tale diritto, sulla scorta della giurisprudenza *van Schijndel*, non imporrebbe “alle giurisdizioni nazionali di sollevare d’ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie qualora l’esame di tale motivo [le] obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenut[e], esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diverse da quelli che la parte processuale che ha interesse all’applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda”. Il dubbio non deve apparire infondato o cadere meccanicisticamente sotto la scure del principio *iura novit curia*, di cui la libera applicazione delle norme giuridiche da parte del giudicante rappresenta il corollario; e difatti, poiché i divieti *antitrust* comunitari e interni risultano differenziati quanto agli elementi costitutivi delle rispettive fattispecie, gli uni esigendo una violazione idonea a pregiudicare il commercio tra gli Stati membri, gli altri contentandosi, per così dire, di un pregiudizio arrecato al mercato nazionale, un mutamento officioso del fondamento normativo della domanda potrebbe impattare non poco sul *thema probandum* e, in definitiva, ritorcersi in danno dell’attore. È tuttavia da considerare che la sopraccennata capacità di una certa condotta di arrecare pregiudizio al mercato interno ovvero al commercio tra gli Stati membri, assunta a discriminare tra le fattispecie normative, integrerebbe null’altro, con MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002, 72, che una caratteristica del medesimo “accadimento storico addotto come titolo” della domanda risarcitoria, spesso e volentieri dimostrabile solo per presunzioni per giunta. Parrebbe dunque lecito discorrere di un mero concorso di norme, in evidente rapporto di specialità, applicabili allo stesso episodio della vita; di talché la riqualificazione officiosa del fondamento normativo della domanda non comporterebbe un mutamento del diritto azionato o l’esigenza per l’attore di allegare ulteriori fatti costitutivi (cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, 3° ed., Napoli, 1999, 78; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 199 ss.).

del Giudice comunitario, il quale affida il suo responso alla *quaestio legitimationis* alla locuzione, per nulla sceveratrice, “qualsiasi singolo”⁹⁶, che davvero impone di non tener disgiunto il *dictum* dai fatti di causa. Se solo si assuma una prospettiva debitamente contestualizzata, non è revocabile in dubbio che la Corte intendesse collocare i consumatori sotto l’egida delle regole di concorrenza indirizzate alle imprese. Ad ogni buon conto, una correlazione, sia pure non esplicitata, tra la possibilità di agire in giudizio, dalla Corte astrattamente riconosciuta (al pari di molte costituzioni nazionali e del nostro art. 24 Cost.) in capo a “chiunque”, e la titolarità di una situazione giuridica rilevante sul piano sostanziale, non era certamente estranea alla motivazione, perlomeno ove si valorizzi adeguatamente l’accento alla circostanza che il danno lamentato dal singolo possa derivargli, ad esempio, da un contratto di cui egli sia parte.

Quanto poi al nesso causale, dice la Corte, spetterà alla *lex fori*, in assenza di una disciplina comunitaria in materia, definirne gli estremi, senza però conculcare mai i principi di effettività e di equivalenza, scrupolosamente richiamati dall’arresto in commento. Parimenti, in relazione alla disciplina dei termini prescrizionali – decorrenti però dalla cessazione dell’infrazione e non dal suo inizio (punto 79) – e dei criteri di quantificazione del danno, ivi compresa la possibilità, per gli ordinamenti che li conoscano, di sanzionare la violazione del diritto comunitario con i danni punitivi⁹⁷

⁹⁶ Non del tutto appagante con riguardo alla *ratio* della sentenza *Manfredi*, se vagliata secondo un metro civilistico più stringente, appare perciò la chiosa di CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement*, cit., 39, il quale afferma: “Per la soluzione della questione, quindi, come nel caso *Courage*, la piena efficacia dell’art. 81 del Trattato ed, in particolare, il suo effetto utile ‘sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un accordo o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza’. Il diritto a chiedere il risarcimento del danno rafforzerebbe, infatti, l’effettività delle regole di concorrenza comunitarie ed incrementerebbe l’effetto deterrente del sistema antitrust nel suo complesso. [...] Ecco perché, a chiunque deve poter essere riconosciuto il diritto di chiedere in giudizio il risarcimento del danno subito a seguito di una condotta contraria al diritto comunitario della concorrenza, sempre e quando siano soddisfatte le condizioni sostanziali precisate nel caso *Courage* ed esista un nesso di causalità tra il danno e la pratica anticompetitiva”. V. infatti, condivisibilmente, NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, 23 ss., 35, la quale, con riguardo all’utilizzo del principio dell’effetto utile da parte della Corte nella pronuncia in commento, afferma che “this argument, however, seems to be used to reinforce, rather than to establish, the basis of liability”.

⁹⁷ Su cui v. già BROGGINI, *Compatibilità di sentenze di condanna al risarcimento di “punitive damages” con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, I, 1999, 479 ss., con richiamo alla dottrina, specie tedesca, che più recentemente ha iniziato a rimeditare l’opportunità di

(punto 93), l'autonomia del legislatore nazionale è fatta debitamente salva da questo arresto *in nuce* regolamentare.

Di grande rilievo è infine il contraddittorio svoltosi avanti al Giudice comunitario in ordine alla seconda questione pregiudiziale, avente ad oggetto la norma processuale di cui all'art. 33, co. II, l. 287/1990, che era stata prospettata dal giudice di pace remittente come potenzialmente penalizzante per il consumatore, nella misura in cui essa avrebbe fissato la competenza in primo grado del giudice di appello, sottraendo alle parti un grado di giudizio. Ma soprattutto poiché avrebbe impedito al consumatore danneggiato di accedere al più snello e meno oneroso procedimento avanti al giudice di pace⁹⁸. Secondo le osservazioni presentate dall'unica impresa assicuratrice intervenuta nel giudizio comunitario, la competenza del giudice *a quo* avrebbe dovuto essere determinata in base alle regole ordinarie. Di tenore analogo erano le conclusioni dell'Avv. gen. Geelhoed⁹⁹, il quale, pur dando atto del cambiamento di giurisprudenza della Cassazione italiana, nel 2005 (v. *retro*), riteneva che l'art. 33, co. II, l. cit., trattandosi di norma speciale afferente le sole azioni di risarcimento del danno fondate sulla violazione del diritto nazionale, non avrebbe affatto impedito al consumatore di promuovere un'azione fondata sulla violazione dell'art. 81 Tr. CE innanzi al giudice di pace, con indubbio vantaggio per il singolo sotto il profilo della (minor) durata del procedimento e delle inferiori spese di giudizio (punto 50 concl.). Sulla scorta di tale rassicurante constatazione, l'Avv. gen. osservava “*ad abundantiam*” che nel solo caso in

considerare come assolutamente separabili le funzioni satisfattoria (“*Genugtuung*”), sanzionatoria e deterrente della condanna civile risarcitoria, con riguardo, in particolare, ad alcune tipologie di danno ipotetico, quale esemplarmente il danno da perdita di *chance*.

⁹⁸ E virtualmente limitato altresì la possibilità di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, pur senza comprometterne l'effettività, bastando a garantirla la circostanza che (sia pur) nell'unico grado di giudizio le parti abbiano la possibilità di sollecitare il rinvio pregiudiziale comunitario (benché rimesso alla discrezionalità del giudice *a quo*, e salvo il caso in cui il dubbio interpretativo sorga in capo a un giudice di ultima istanza, tenuto allora ad investire la Corte di giustizia): v. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno nazionale (Verona, 25-26 settembre 2009), Bologna, 2011, 165 ss., spec. 169, con ampia analisi della giurisprudenza comunitaria sui rapporti tra accesso condizionato al giudizio di legittimità ed effettività del rinvio pregiudiziale.

⁹⁹ Concl. Avv. gen., 26 gennaio 2006, nelle cause riunite C-295/04 e altre, *Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA et al.*

cui la cognizione sulla causa in primo grado fosse apparsa senz'altro devoluta alla corte d'appello si sarebbe posto il problema di verificare che durata del procedimento e costi del medesimo non risultassero “*sproporzionati*” in rapporto ai valori in gioco e l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario “*frustrato*” (punto 51 concl.).

È da ritenere, tuttavia, siano state proprio queste ultime considerazioni, formulate dall'Avv. gen., come detto, in via soltanto eventuale, ad informare la risposta della Corte al secondo quesito pregiudiziale. Nonostante l'attrazione della causa risarcitoria alla competenza in unico grado di merito della corte d'appello sarebbe apparsa di per sé rispettosa del principio di equivalenza, tale risultando il foro previsto per azioni omologhe, fondate sulla violazione del diritto nazionale, la Corte sentiva infatti il bisogno di fare appello anche al principio di effettività e demandava così al remittente di verificare se siffatte disposizioni della *lex fori*, ove davvero ritenute applicabili alla fattispecie, non avrebbero avuto l'effetto di rendere “*praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di richiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 CE*” (punto 72).

Tanto che ogni interpretazione tesa a disconoscere che l'accento della pronuncia *Manfredi* cada proprio sul secondo tra i termini della coppia equivalenza/effettività, richiamato in fogge per nulla stereotipe¹⁰⁰, rischierebbe di sembrare gravemente distorto rispetto alla portata di questo arresto¹⁰¹.

¹⁰⁰ Diversamente, parrebbe, SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, II, 875 ss., secondo cui l'impiego della formula “*trattativa*” del principio di effettività sottenderebbe la volontà del Giudice comunitario di “*esimersi da qualsiasi valutazione sull'idoneità della speciale competenza della corte d'appello disciplinata dall'art. 33 della legge italiana [a garantire una tutela effettiva per le *small claims* dei consumatori]*”. Va osservato, tuttavia, che è assai raro imbattersi in un giudizio della Corte direttamente appuntato sulle norme processuali interne, essendo l'oggetto precipuo del rinvio e del giudizio pregiudiziale che esso introduce l'interpretazione di norme di diritto comunitario; financo nei casi in cui ciò eccezionalmente accada – ovvero nei casi di più aperto, se non frontale contrasto tra il diritto comunitario e certune norme della *lex fori*, la cui applicazione pregiudichi gli scopi del primo –, del resto, la Corte tende a sancire l'incompatibilità della norma interna con il diritto interno “*per come interpretata dal giudice nazionale*”, mai in sé e per sé (v. C. giust., sent. 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*, punto 59); v. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 141 ss., 147; D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'ambito*

soggettivo di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1435 ss., 1437.

¹⁰¹ Cfr. CARPAGNANO, *op. cit.*, 40: “anche nell’ipotesi in cui l’azione fondata sul diritto comunitario fosse proposta in Corte d’appello, riceverebbe, almeno in linea di principio, un trattamento identico ad un’azione basata sul diritto nazionale della concorrenza. Secondo la Corte, non appare seriamente configurabile in questa ipotesi una violazione né del principio di equivalenza né tantomeno del principio di effettività”. *Nulla quaestio*, secondo noi, se il consumatore abbia di sua sponte radicato l’azione avanti alla corte d’appello, come ipotizzato dall’A.. Il principio di equivalenza risulterebbe, infatti, in tal caso, certamente rispettato. Quanto al principio di effettività – sotto il profilo specifico della maggior durata del giudizio e dei maggiori oneri per il consumatore – parimenti, a nostro avviso, l’attore non potrebbe dolersi di una scelta autonomamente compiuta nell’esercizio del diritto di azione. Nel caso *Manfredi*, tuttavia, il consumatore aveva adito il giudice di pace. I principi di equivalenza e di effettività avrebbero dunque dovuto trovare applicazione da parte di quest’ultimo giudice, in occasione del vaglio sulla propria competenza, tenuto conto che il dover introdurre un giudizio avanti alla corte d’appello avrebbe comportato per il consumatore un considerevole aumento delle spese e degli altri oneri (determinati, in prima battuta, dall’obbligo di difesa tecnica), tali da disincentivare la stessa proposizione dell’azione e risultando l’art. 33, co. II, l. 287/1990 così d’ostacolo al godimento di una tutela giurisdizionale effettiva. Proprio in tal senso, a valle dell’incidente comunitario, concludeva il Giudice di pace di Bitonto, sent. 21 maggio 2007, in *Danno e resp.*, 2007, 1278: “Orbene, se anche per i terzi lesi da un’intesa anticoncorrenziale, in particolar modo per i consumatori, dovessero trovare applicazione le limitazioni sancite nell’art. 33 della legge 287/1990, il risultato cui si perverrebbe sarebbe quello di rendere eccessivamente difficoltosa, anzi quasi impraticabile, la strada della tutela risarcitoria. Proprio per garantire che i consumatori possano agevolmente tutelare i propri diritti contro le grandi imprese che, con le loro intese o pratiche concordate, seppur di rilevanza prettamente nazionale, nuocciono al fair play nel mercato, bisogna deplorare le interpretazioni restrittive come quella da ultimo propugnata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione italiana. La tutela del consumatore, e, tramite essa, la tutela del mercato, esigono che il terzo estraneo ad una pratica concordata o ad un’intesa anticoncorrenziale che gli abbiano procurato danno, possa agire per la tutela delle proprie posizioni dinanzi al Tribunale o al Giudice di Pace, senza dover sopportare i più lunghi tempi ed i maggiori costi della Corte d’Appello”. Quanto, infine, al generale principio della prospettazione della domanda sulla cui base si determina la competenza del giudice adito, ed in particolare ai fenomeni di prospettazioni strumentali ad eludere la competenza della corte d’appello (*forum shopping*), cui il *dictum* comunitario nel caso *Manfredi* potrebbe dar adito, può osservarsi che casi siffatti appariranno assolutamente esigui, con riguardo alle azioni individuali promosse dai consumatori (i cui *petita* risarcitorii dovranno, per altro verso, comunque sottostare ai limiti di competenza per valore del giudice di pace). Questi ultimi, infatti, agiranno per solito sulla scorta di un provvedimento sanzionatorio assunto dalle autorità amministrative preposte alla vigilanza del rispetto dei divieti *antitrust*. Ciò dovrebbe rendere agevole, per il giudice adito, compiere la verifica sulla propria competenza, attraverso un esame sommario – consentito *ex art. 38, co. IV, c.p.c.* – del contenuto del provvedimento in questione (ove prodotto unitamente al ricorso o all’atto di citazione), che annovererà tra i suoi presupposti tanto la definizione del mercato rilevante quanto l’estensione (attuale o potenziale) degli effetti dell’intesa o della pratica sanzionata in relazione a tale ambito geografico. In arg. v. SCUFFI, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del Regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2004, 123 ss., nt. 12, con richiamo alle opposte soluzioni di C. App. Milano, 23 gennaio 1992, in *Giur. comm.*, 1992, II, 450 (“si applica la legge nazionale *antitrust* se, a fronte della prospettazione della ricorrente che invoca l’applicazione della stessa, non sono adottati dalla resistente elementi sufficienti a dimostrare che i fatti denunciati ricadrebbero sotto la previsione di norme antimonopolistiche comunitarie”) e C. App. Milano, 5 febbraio 1992, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1992, 436 (“è applicabile la normativa *antitrust* nazionale, e non quella comunitaria, quando, pur potendosi escludere la rilevanza puramente nazionale dei comportamenti denunciati, la parte che si assume da essi danneggiata si dolga esclusivamente dei riflessi di tali comportamenti all’interno del mercato nazionale”).

La chiave di lettura più consona, in definitiva, sembra a noi esser quella recata dalle conclusioni dell'Avv. gen. Geelhoed, che reputava avvinte da un legame di condizionamento inscindibile *l'accessibilità del foro e l'effettività dell'iniziativa processuale dei singoli*, in funzione del perseguimento degli scopi del diritto comunitario sostanziale. Le mentovate conclusioni, d'altro canto, avevano insolitamente fatto precedere all'esame dei quesiti pregiudiziali alcune osservazioni preliminari di carattere generale, che fornivano la misura specifica della centralità occupata dal processo giurisdizionale nel settore della concorrenza. Rilevato, da un lato, lo stato ancora embrionale della *litigation* civilistica concernente l'applicazione del diritto *antitrust*¹⁰² e, dall'altro, che *“le azioni stesse sono disciplinate, all'interno di una serie di disposizioni-cornice di diritto comunitario, dal diritto processuale e dal diritto privato nazionali”* l'Avv. gen. constatava che *“l'incremento delle azioni di diritto privato potrà tuttavia variare [tra uno Stato membro e l'altro] in ragione della diversa cultura processuale, delle limitazioni poste alla legittimazione ad agire, delle regole in materia di onere della prova, della possibilità di azioni di gruppo, etc.”* (punto 31).

Questo passaggio racchiude più che una semplice presa d'atto dei limiti della sussidiarietà e della proporzionalità vigenti in materia, di fronte ai quali il legislatore

¹⁰² Per un'analisi statistica ed un ragguaglio sulle iniziative di armonizzazione assunte dalla Commissione, v. PARDOLESI, Private enforcement: *da “com'eravamo” alle prospettive di un futuro incisivo*, in BENACCHIO-CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Padova, 2009, 13 ss.. Tali iniziative ammontano, allo stato, al Libro Verde del 19 dicembre 2005 (COM(2005) 672 def.) seguito poi dal Libro Bianco del 2 aprile 2008 (COM(2008) 165 def.) *“in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie”*. Entrambi preludono all'adozione di una direttiva europea avente ad oggetto due modelli di azioni collettive, dal Libro bianco definiti *“complementari”* tra loro, ma incongruamente, dal momento che la differenza tra tali azioni, le quali contemplerebbero un identico *petitum* risarcitorio, passerebbe dalla diversa latitudine soggettiva del giudicato, prevedendosi, nell'un caso (azioni rappresentative), un'efficacia *erga omnes*, nei confronti di tutti gli appartenenti alla categoria delle vittime della violazione *“indeterminate o indenticabili” in limine*; nell'altro (azioni collettive con modalità di *opt-in*), l'efficacia nei soli confronti di coloro che abbiano volontariamente aderito all'azione collettiva. Oltre a rivelare un certo scadimento qualitativo nel *law making* comunitario, il Libro bianco ha attratto forti critiche da parte del Parlamento europeo, che con propria Risoluzione del 26 marzo 2009 (in G.U. C 117 E/161, 6 maggio 2010) ha sottolineato, tra l'altro, la mancata individuazione da parte della Commissione di una base giuridica idonea sulla quale poter giustificare l'adozione di una direttiva di così profondo impatto sull'autonomia processuale degli Stati membri (punto 2), richiamando quest'ultima al rispetto dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà (considerando 'J').

comunitario si arresta e deve cedere il passo¹⁰³, e che fanno sì, come veduto, che la campitura delle fattispecie civilistiche sostanziali, all'interno della cornice formata dalle disposizioni del diritto comunitario, rimanga opera di spettanza del legislatore e del diritto nazionale. Del processo civile viene certamente assunta la natura intrinsecamente servente, quale fondamentale momento di attuazione dei valori del diritto oggettivo. Ma a differenza dei casi in cui la derivazione comunitaria dei diritti attribuiti ai singoli sottende palpabilmente uno scopo ulteriore, che trascende la soddisfazione della pretesa e la reintegrazione della sfera giuridica individuali¹⁰⁴ – sono i casi in cui si ammette, ad esempio, la responsabilità dello Stato membro verso i privati per la mancata attuazione del diritto comunitario derivato –; rispetto alle regole di concorrenza, si diceva, i singoli figurano come titolari di interessi e correlate posizioni giuridiche di vantaggio già immediatamente ‘finali’, anche in prospettiva comunitaria, e tali per cui lo scopo del diritto obiettivo si attua e si esaurisce nel consentire all'individuo-attore di ritrarre tutela¹⁰⁵ (sia esso consumatore, impresa o anche ente esponenziale degli interessi dei

¹⁰³ Per tutti, TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 702 ss., 713-715.

¹⁰⁴ Cfr. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno nazionale, cit., 337-338: “certamente, il diritto comunitario cammina con le gambe dei cittadini dell'Unione europea. Le molte volte che l'ordinamento eurounitario riscontra omogeneità di interessi tra la costruzione dell'edificio eurounitario e l'interesse individuale dei soggetti privati, riconosce a questi ultimi dei diritti: appunto, i diritti di derivazione eurounitaria. [...] Realizzando così i loro interessi individuali, i cittadini realizzano anche l'interesse dell'Unione europea. Le istituzioni eurounitarie – e la Corte di giustizia in prima linea – hanno a cuore l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di derivazione eurounitaria perché essa rappresenta un cardine dell'efficacia piena e completa del diritto comunitario, oltre che dell'accettazione tra i popoli europei”. Prospettiva senz'altro esatta, dalla quale però non emerge a sufficienza – stante il suo volutamente ampio respiro – quella bipartizione concettuale, percettibile nella giurisprudenza della Corte di giustizia, tra effettività del diritto comunitario, intesa come effettiva attuazione delle sue disposizioni da parte degli Stati membri, nell'interesse generale; ed effettività intesa come tutela giurisdizionale effettiva per i diritti di derivazione comunitaria. Prospettiva, quest'ultima, avvalorata da un numero di contributi ormai cospicuo: STEINER, *From Direct Effect to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Law*, in *Eur. Law Rev.*, 1993, 3 ss.; VAN GERVEN, *Bridging the Gap between Community Law and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies*, in *C.M.L.R.*, 1995, 679 ss.; ID., *Of Rights, Remedies and Procedures*, *ivi*, 2000, 501 ss.; CARANTA, *Judicial Protection against Member States: a New Jus Commune Takes Shape*, *ivi*, 1995, 32 ss., *ivi*, 703 ss.; NEBBIA, *Damages actions*, cit., spec. 28 ss..

¹⁰⁵ V. BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 97 ss., 99: “il mercato non è un assoluto, ma uno strumento. Come tale, le dinamiche giuridiche che lo investono si esplicano su due profili: da un lato, la tutela delle persone del mercato, quando il mercato travalica le proprie finalità; dall'altro, la tutela del mercato nei confronti delle

primi, se e purché in tal senso legittimato dal diritto nazionale), né persegue altro fine, che non sia appunto quello di ammettere il singolo a godere dei rimedi approntati dal diritto nazionale.

È in virtù della coincidenza sopracennata tra l'obiettivo delle norme di diritto comunitario sostanziale e la tutela individuale dei singoli che il baricentro dell'effetto utile tende a spostarsi, per così dire, verso l'esterno dell'involucro processuale e delle norme che, nella dinamica del rapporto processuale (poteri di allegazione delle parti, poteri di rilievo del giudice, termini e preclusioni, efficacia del giudicato, etc.), presiedono all'applicazione del diritto comunitario. L'effettività del diritto comunitario, invero, è qui saggiata anche sotto il profilo delle condizioni di accesso alla tutela giurisdizionale: le norme sul riparto di competenza giocano in tal senso un ruolo determinante. Viene messa a nudo una inusitata osmosi di *rationes* (non traspare però se e quanto tenuta presente alla Corte di giustizia in occasione della decisione sul caso *Manfredi*) con la giurisprudenza di Strasburgo in tema di equo processo *ex art. 6 Cedu*, di cui il diritto di accesso ad un giudice imparziale costituisce un postulato tanto notoriamente sottaciuto dal dettato convenzionale quanto imprescindibile nell'interpretazione teleologica che, da *Golder* in poi, ne offre costantemente la Corte europea. Con il risultato che, a parità di possibili interpretazioni di una certa norma o di un combinato di norme di diritto nazionale, dovrà essere privilegiata l'opzione esegetica che, in concreto, sottenda i minori ostacoli ed anzi possibilmente di più agevoli la strada che il singolo deve percorrere onde ottenere piena soddisfazione per i propri diritti¹⁰⁶.

situazioni esterne che ne intralciano o ne impediscono il legittimo sviluppo. Una volta definiti questi limiti, si dovranno rispettare le regole interne al mercato e al suo gioco e quindi ragionare sulla tutela degli interessi dei singoli (essenzialmente [non già esclusivamente, però, N.d.R.], delle imprese) nel mercato¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Che la garanzia dell'accesso alla giustizia, e ad una giustizia efficiente e rapida, da obiettivo del legislatore comunitario in materia di controversie transfrontaliere, si traduca talora anche in un fondamentale criterio interpretativo del diritto comunitario è evidenziato, del resto, da una recentissima decisione della Corte di giustizia in un caso polacco-irlandese (C. giust., sent. 17 febbraio 2011, in causa C-283/09, *Weryński*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 675 ss., nt. FRANZINA, *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Weryński*), in cui si è negato che lo Stato richiesto di assumere una testimonianza in base al Reg. 1206/2001 possa subordinare l'esecuzione della rogatoria al previo versamento, da parte dello Stato richiedente, di un importo corrispondente

9. *Le ragioni del superamento del Reg. 17/1962 e la ritrovata centralità del processo civile nel sistema di applicazione binario del diritto comunitario della concorrenza “ammodernato” (Reg. CE n. 1/2003).*

Le considerazioni svolte in chiusura del precedente paragrafo offrono lo spunto per un ulteriore ordine di riflessioni, che avvia alla sintesi dei risultati acquisiti nel corso del presente capitolo ed introduce al tema del capitolo successivo.

“Qualunque legislazione a carattere monopolistico comporta l'imposizione, nell'interesse collettivo, di limiti alla libertà di autodeterminazione degli imprenditori nello svolgimento della loro attività economica”. Con queste parole, sufficienti ad esprimere la pluralità degli interessi tutelati dalla disciplina *antitrust*, con finalità che si

all'indennità di viaggio dovuta al teste in base alle disposizioni della *lex fori* applicate dal giudice *ad quem*. La Corte ha dunque interpretato restrittivamente l'art. 18, co. III, Reg. 1206/2001 – a mente del quale l'autorità richiesta può esigere la costituzione di un “adeguato deposito o anticipo per le spese” allorché la rogatoria abbia ad oggetto l'acquisizione di un parere peritale, mentre in tutti gli altri casi “il deposito o l'anticipo non è una condizione per l'esecuzione della richiesta” –, negando altresì che, a valle dell'assunzione della prova testimoniale, lo Stato richiesto abbia titolo per ottenere il rimborso delle spese sostenute nei confronti dello Stato *a quo*. Al di là di impedire il recupero intra-comunitario delle indennità liquidate ai testimoni in base ai diritti processuali nazionali, la sentenza *Weryński* potrà avere un maggiore impatto sulle finanze di quegli Stati i cui ordinamenti processuali esigono che la formazione della prova testimoniale avvenga attraverso l'esame diretto e controesame condotto dai difensori – se del caso nominati *ad hoc* – delle parti. Così, quanto al Regno Unito, se, da un lato, si ritiene che “it is generally desirable that an English lawyer be appointed [dal giudice inglese richiesto dell'assunzione] to conduct the examination”, non sembra più comunitariamente accettabile, per effetto della sentenza cit., che “the court may make an order under CPR, r. 34.14 for the payment of the fees and expenses due to the examiner” (v. commento *sub* CPR r. 70.3 in HON. LJ MAY (gen. ed.), *The Civil Procedure Rules 1999*, 2nd ed., London, 1999, 1127). La Corte di giustizia, del resto, non manca di notare come, mentre l'art. 14, co. II, Conv. Aja 1970 sancisce espressamente un diritto al rimborso per le spese di assunzione delle prove (comprendenti della testimonianza) sostenute dallo Stato richiesto (con una previsione che “enables a common law jurisdiction such as England to recover the fees of private examiners appointed by the court”: v. MCCLEAN, *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Oxford, 2002, 121, nt. 87; DIRK-REINER MERTENS, in PLATTO-LEE, *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes*, 2nd ed., London-Dordrecht-Boston, 1993, 107, nt. 54), tale disposizione non è stata riprodotta nel testo dell'art. 18, Reg. 1206/2001, che abbraccia un diverso principio di assistenza gratuita ed ammette solo tassative eccezioni (v. FUMAGALLI, *La disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile: il regolamento (CE) n. 1206/2001*, in CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007, 59 ss., 65). Il principio di accessibilità della giustizia, si osservi, si affaccia anche nelle proposte Commissione, con esiti talora però manifestamente sproporzionati. Per un eloquente esempio, attinente al campo del diritto *antitrust*, si v. l'invito rivolto agli Stati membri nel Libro bianco del 2008 di “riconsiderare” l'opportunità di applicare il principio *victus victori* in relazione alla condanna alle spese nei giudizi di risarcimento del danno da violazione degli artt. 81 e 82 TUE, su cui v. le giuste perplessità di TARDELLA, *Private enforcement delle regole di concorrenza: quale equilibrio?*, in RAFFAELLI (ed.), *Antitrust between EC law and national law*, Bruxelles-Milano, 2009, 469 ss., 487.

è veduto esser comune anche alle regole comunitarie in materia di concorrenza, si apriva il commento di P. Schlesinger al disegno di legge governativo, mai entrato in vigore, n. 2076 del 1958 sulla “tutela della libertà di concorrenza”¹⁰⁷.

Prosegue l’A. osservando che “*queste limitazioni possono essere prefissate per legge, oppure imposte discrezionalmente da organi di controllo dotati di poteri di imperio*”, illuminando così sulle possibili opzioni che si offrono al legislatore nel determinare le modalità di attuazione in concreto (‘*enforcement*’) del diritto obiettivo¹⁰⁸.

¹⁰⁷ SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960, 729 ss., 731; conf. MENGONI, *Note al progetto governativo di legge per la tutela della libertà di concorrenza*, *ivi*, 1960, 458 ss.. Troppo categorica, e così, in definitiva, non condivisibile, appare invece l’equazione formulata da Cass., Sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827 – Pres. Grieco; rel. Berruti, in *Danno e resp.*, 2000, 57 ss., nt. crit. NIVARRA e BASTIANON, secondo cui la disciplina prevista dagli artt. 2596 ss. c.c. sarebbe volta a tutelare esclusivamente l’interesse privato del singolo imprenditore, mentre il fondamento della tutela introdotta dalla legge sulla concorrenza n. 287/1990 sarebbe “l’interesse pubblico a conservare il mercato e non quello del singolo a difendere il proprio diritto”.

¹⁰⁸ *Ibid.* Potrà essere di interesse, non soltanto storico, a questo punto, ricordare che mentre l’A. accordava la propria preferenza teorica per un modello ad attuazione amministrativa (salvo poi soggiungere che “*i gravi sospetti (specie in un ambiente come il nostro) sulle possibilità di predisporre un apparato idoneo a garantirne una efficace realizzazione ne sconsigliano l’adozione*”), il disegno di legge governativo muoveva in una direzione esattamente opposta, rimettendo al privato l’azione “per l’accertamento della illiceità dell’intesa o dell’abuso di posizione dominante” (art. 11). Non già un’azione di responsabilità aquiliana, si badi, come lo stesso A. aveva a precisare, proponendosi di indagare se ed a quali condizioni, a fronte di una violazione dei precetti *antitrust*, vi sarebbe stato lo spazio per ragionare in termini di tutela risarcitoria. Il progetto si compendia poi della previsione secondo cui la sentenza di accertamento avrebbe fornito il presupposto per l’esercizio di un potere sanzionatorio da parte del Ministro dell’industria e del commercio, che avrebbe altresì determinato la misura delle sanzioni da infliggere alle imprese responsabili (art. 16). Caratteristiche, queste ultime, che destavano soverchie perplessità nel commentatore, il quale osserva: “Questa distribuzione di compiti lascia non poco stupiti: sia perché viene a configurarsi un *quid unicum* nella nostra legislazione, e cioè un provvedimento giurisdizionale che – non essendo affidato al giudice il potere di applicare le sanzioni previste dalla legge – si presenta come di mero accertamento della illiceità di un comportamento [e così come accertamento di una questione mera, di assai dubbia ammissibilità *iuxta principia*; diversamente, ove si fosse ipotizzato un oggetto del giudizio non limitato al segmento del diritto risarcitorio costituito dalla condotta illecita potenzialmente dannosa, bensì esteso a tutti gli altri elementi costitutivi del diritto di credito fatto valere e dunque pure alla esistenza di un danno risarcibile cagionato da quella stessa condotta, onde attrarre la sentenza entro il *genus* delle pronunce di condanna: qualificazione che spetta alla sentenza *ex art. 278 c.p.c.*: v. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, tomo I, Torino, 2010, 159; CAVALLINI, *L’oggetto della sentenza di condanna generica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 523 ss., 533]; sia perché ben fondato appare il sospetto di costituzionalità di una norma che attribuisce alla autorità amministrativa il potere di infliggere con ampia discrezionalità una sanzione, senza nemmeno precisare i criteri cui l’esercizio di tale potere dovrebbe ispirarsi”.

Orbene, quel che dell'ordinamento comunitario della concorrenza colpisce, e ne determina la peculiarità, si coglie segnatamente in ciò: in origine, esso non accorda preferenza per l'uno o l'altro modello di attuazione dei precetti normativi¹⁰⁹. In una prospettiva ancora tipicamente sopranazionale, il Trattato comunitario si limita a fissare i divieti legali e, fatta salva la competenza della Commissione a vigilare sull'osservanza delle sue norme da parte di individui e Stati membri nel settore che interessa, con le forme e i poteri indicati dallo specificativo Reg. 17/1962, esso affida all'autonomia degli Stati la scelta quanto agli organi e alla disciplina delle procedure atti ad assicurare l'attuazione delle sue norme, specie sul versante privatistico, concernente la tutela individuale in occasione dei conflitti intersoggettivi. L'evoluzione verso il modello attuale fu dettata da esigenze concrete.

Di pari passo all'intensificarsi degli scambi commerciali tra gli Stati membri¹¹⁰, il numero degli accordi notificati alla Commissione dalle imprese che ne chiedono

¹⁰⁹ Sulla contrapposizione concettuale tra modelli di *private enforcement* – inteso come attuazione del diritto in sede giurisdizionale, ad iniziativa (*rectius*: su domanda) dei titolari delle posizioni giuridiche soggettive di vantaggio loro riconosciute dall'ordinamento – e di *public enforcement* – inteso come attuazione del diritto ad opera della P.A., mediante i suoi organi, nell'interesse generale –, e sulle possibili contaminazioni tra essi v., con esempi tratti da diversi rami del diritto, DE CABIEDOS, *Private Law Enforcement. Durchsetzung öffentlichen Interessen im Zivilprozess*, XIV International Association of Procedural Law World Congress, Heidelberg, 25-30 luglio 2011, p. 3 ss. del manoscritto. Sui vantaggi possibili sottesi all'adozione di un modello di *private enforcement*, tra cui: (1) la maggiore capillarità applicativa; (2) la riduzione della spesa pubblica con trasferimento dei costi sul privato; (3) la *vicinitas* dei privati alle fonti di prova; (4) l'impulso giurisprudenziale all'innovazione delle regole (fenomeno constatabile con più evidenza nei paesi di *common law*); (5) la maggiore efficacia deterrente rispetto ad un sistema ad attuazione amministrativa, v. BURBANK-FAHRANG-KRITZER, *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States*, in *Int'l lis*, 3-4, 2011, 153 ss., 158; POSNER, *Antitrust Law*, cit., 276 ss.; RAMOS, *Protecting supra-individual legal interests: enforcement action by Public Administration Institutions, Civil Justice and a combination of protection systems*, General Report, XIV IAPL World Congress, p. 44 ss., che identifica un triplice ordine di problemi teorici con riguardo al coordinamento tra attività amministrativa e processo civile in seno ai modelli misti: (a) sospensione del processo civile o del procedimento amministrativo a fronte della loro parallela pendenza; (b) accesso agli atti o alle prove acquisite dalla p.a. nel corso del procedimento amministrativo da parte del giudice o delle parti del processo civile; (c) valore ed efficacia dei provvedimenti assunti dalla p.a. nell'ambito del processo civile. Temi per la cui trattazione si rinvia al capitolo successivo.

¹¹⁰ Principale leva dei primi tentativi di armonizzazione in materia processuale, come osservato da TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 902 ss.. I *patres* del c.d. “progetto Storme” per un codice di procedura civile europeo (proff. Huss, Jolowicz, Kerameus, Long, Meyknecht, de Miguel, Normand, Pessoa Vaz, Prütting, Smith, Storme e Tarzia), del resto, avevano identificato nei costi, nella lunghezza e nei rimedi conseguibili attraverso il processo “the three vital questions which must precede any litigation” e individuato l'obiettivo dell'armonizzazione nella

l'esenzione dai divieti degli artt. 81 e 82 TUE cresce in misura esponenziale. L'esercizio del potere autorizzativo, su base individuale, spettante alla Commissione in via esclusiva, è presto soppiantato dal ricorso ad una più estesa attività di normazione, la quale si concretizza nell'adozione, sempre su proposta della Commissione, dei c.d. Regolamenti di categoria, destinati a tutte le imprese operanti in determinati settori e volti a fissare i criteri generali ed astratti, onde gli accordi e le pratiche che vi si conformino si possano ritenere esentati dall'obbligo di notificazione preventiva.

Un intento deflattivo analogo anima la prassi del rilascio delle c.d. “*comfort letters*”, pareri informali e non vincolanti attraverso cui la Commissione esprime il suo punto di vista sull'astratta compatibilità del contenuto di taluni accordi, per come prospettato dalle imprese richiedenti, con i divieti in materia di concorrenza. Ciò consente all'esecutivo comunitario di evitare di avviare procedimenti di esenzione.

Si assiste, in definitiva, ad un più attento dosaggio dell'attività di *public enforcement* della Commissione, la quale destina le risorse ed i mezzi limitati di cui dispone al perseguimento delle infrazioni più eclatanti del Trattato, in ciò “adiuvata” dai Giudici comunitari: assai rilevante, sotto questo profilo, è la negazione di un obbligo di dar corso all'istruttoria a fronte delle denunce provenienti dai privati. Spetta alla Commissione, afferma il Giudice comunitario, nell'esercizio di un potere discrezionale, “gradare” le denunce ricevute secondo importanza, valutato l'interesse comunitario all'avvio un'istruttoria sui fatti volta in volta rappresentati, col solo obbligo di motivare la mancata apertura o l'archiviazione dei procedimenti di infrazione eventualmente avviati, cui fa da contrappeso uno speculare potere di impugnazione in capo al denunciante¹¹¹.

disciplina delle controversie transnazionali in una “prompt, cheap and proper administration of justice”: v. STORME (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht-Boston-London, 1994, 41 ss..

¹¹¹ Trib. I grado, sent. 18 settembre 1992, in causa T-24/90, *Automec c. Commissione*. La discrezionalità di cui gode la Commissione *in parte qua* prescinde altresì dallo stato di avanzamento dell'istruzione del procedimento: C. giust., sent. 17 maggio 2001, in causa C-449/98 P, *IECC c. Commissione* (punti 35-37). Con importanti precisazioni sulla nozione di interesse del denunciante a promuovere una procedura di infrazione, v. MANCINI, *Accesso alla giustizia, singole imprese e diritto comunitario antitrust. Problemi e insidie*, in ID., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*,

Le successive tappe di allargamento della Comunità europea, la crescente enfasi della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'efficacia orizzontale dei divieti *antitrust* ed il graduale sedimentarsi dei principi del diritto *antitrust* nell'*acquis* comunitario e nella cultura giuridica dei giudici degli Stati membri (frutto anche delle note Comunicazioni di cooperazione elaborate dalla Commissione, come una sorta di *guide-lines* applicative delle regole di concorrenza in sede giurisdizionale¹¹²) cospirano, nel non breve arco di quasi quarant'anni, a creare le premesse per l'auspicato ammodernamento del Reg. 17/1962, ed invero per la sua radicale abrogazione ad opera del Reg. 1/2003 del 16 dicembre 2002, attualmente in vigore.

Tratto saliente del novello sistema, in soverchia antitesi rispetto al modello precedente, suole ricondursi alla c.d. decentralizzazione dell'applicazione dei precetti *antitrust* a favore delle autorità degli Stati membri. Cessa infatti il dominio della Commissione nel dispensare le esenzioni individuali per accordi e pratiche tra imprese, così come viene meno, per queste ultime, l'obbligo di notificare preventivamente i loro accordi. Nell'ambito del sistema di "eccezione legale" cui dà vita il Reg. 1/2003, gli accordi stipulati tra le imprese sono da ritenere validi fino all'emanazione di un provvedimento da parte della stessa Commissione ovvero delle autorità nazionali preposte alla vigilanza del mercato che ne dichiarino la contrarietà ai divieti sanciti dal Trattato¹¹³.

Bologna, 2004, 331 ss., 334, che parla di "diritto condizionato" del singolo di presentare una denuncia (*rectius*: di provocare l'avvio di un'istruttoria) dovendo il denunziante dimostrare non solo un interesse proprio alla cessazione dell'infrazione ma un interesse che trascende i confini della sua sfera giuridica e coincide con l'interesse generale dell'ordinamento giuridico. Correlativamente, la presentazione della denuncia è fonte di un obbligo di collaborazione del denunziante con la Commissione procedente.

¹¹² V., ad esempio, la Comunicazione relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli articoli 85 e 86 del Trattato CEE del 13 febbraio 1993, in *Riv. soc.*, 1993, 671 ss., con commento di GHEZZI, *La cooperazione tra giudici nazionali e Commissione CEE in materia antitrust*.

¹¹³ Per una chiara sintesi di ciò, v. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, 70-71: "L'unico limite al dispiegarsi dell'effetto diretto delle citate disposizioni derivava dall'eccezionale ed esclusiva competenza della Commissione ad adottare provvedimenti di esenzione a favore di intese che, pur astrattamente vietate, avessero soddisfatto le condizioni previste dall'art. 81.3 CE. Il sistema previgente si ispirava, infatti, al modello del c.d. divieto 'con riserva di autorizzazione', attualmente ribaltato dal nuovo regolamento di procedura n. 1/2003, che ha adottato il contrapposto principio del divieto 'con eccezione legale'".

L'art. 101, co. III, TfUE (*ex art. 81, co. III, TUE*)¹¹⁴, nel vigore del Reg. 17/1962 considerato alla stregua di una norma enunciativa dei criteri per l'esercizio di un potere discrezionale, attribuito in via esclusiva all'autorità amministrativa, e proprio per tale ultima ragione sottratto all'applicazione da parte dei giudici nazionali, nel regime del Reg. 1/2003 dà invece corpo al contenuto di un'eccezione – in senso stretto, lasciano credere le fonti – che l'impresa o l'associazione di imprese interessate, le quali invocano “*il beneficio della difesa contro l'esistenza di un'infrazione*”, dovranno tempestivamente sollevare nel corso del processo, su di esse gravando altresì “*l'onere di provare che le condizioni [da quella stessa norma] enunciate sono soddisfatte*” (v. art. 2 e quinto ‘considerando’, Reg. 1/2003)¹¹⁵.

L'applicazione dello statuto comunitario della concorrenza nella sua integralità ri-entra dunque a pieno titolo nella “*potestas ordinaria*” dei giudici nazionali, cui si addice vieppiù la nozione di “*giudici comunitari in senso funzionale*”, coniata dalla dottrina¹¹⁶ per dare maggior risalto – senz'alcuna enfasi – alla centralità che le autorità giurisdizionali degli Stati membri occupano nel poliedrico sistema istituzionale eretto dall'ordinamento europeo.

Dal nuovo angolo visuale che la modifica del diritto derivato impone di assumere all'interprete, beninteso, una definizione di teoria generale del processo, quale

¹¹⁴ Che recita: “Tuttavia, le disposizioni del paragrafo 1 [*scil. i divieti di intese e pratiche restrittive, N.d.R.*] possono essere dichiarate inapplicabili: a qualsiasi accordo o categoria di accordi fra imprese, a qualsiasi decisione o categoria di decisioni di associazioni di imprese, a qualsiasi pratica concordata o categoria di pratiche concordate, che contribuiscano a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando agli utilizzatori una congrua parte dell'utile che ne deriva, ed evitando di: (a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; (b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi”.

¹¹⁵ Di tenore non del tutto collimante con la natura di eccezione di parte parrebbe la relazione della Commissione al Parlamento europeo ed al Consiglio sul funzionamento del Reg. 1/2003 ad un lustro dalla sua entrata in vigore, del 29 aprile 2009, COM(2009) 206 def., secondo cui (par. 6): “le condizioni dell'articolo 81, paragrafo 3, del trattato CE vengono valutate *principalmente* quando la disposizione viene invocata come elemento di difesa in casi relativi all'applicazione delle norme” (ns. enfasi). Trattasi, in ogni caso, di atto non vincolante, e che certo non sottende, sotto il profilo che qui rileva, un'interpretazione autentica del Reg. 1/2003.

¹¹⁶ Da CAPONI, *op. loc. cit.*; conf. PICARDI, *Il giudice naturale. Principio fondamentale a livello europeo*, in *Dir. e Soc.*, 2008, 513 ss., 557.

luogo in cui due soggetti contrapposti avanzano interessi propri ed operano scelte, più o meno intensamente regolate dalla legge, non dovrà risultare troppo angusta, né fare apparire il processo civile sede inadatta a consentire il tipo di valutazioni sottese all'applicazione delle regole *antitrust*, per quel che in particolare concerne l'esistenza di quegli effetti migliorativi per il mercato, suscettibili di promanare da determinati accordi tra imprese e tali da impedirne l'invalidazione giudiziale, in applicazione dei divieti sanciti dagli art. 101, co. I, e 102 TfUE¹¹⁷. L'opinione che avversa la legittimità

¹¹⁷ Ed invero, il dubbio avanzato da alcuni in dottrina, come PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., attiene proprio al se il legislatore comunitario derivato non sia incorso in un "eccesso di delega" laddove ha demandato ai giudici degli Stati membri l'applicazione diretta dell'art. 101, co. III, TfUE, e così di una disposizione che sottenderebbe – a detta degli assertori di questa tesi – il compimento di valutazioni di carattere discrezionale, le quali si addicono ad un organo amministrativo, quale la Commissione indubbiamente è, chiamato ad orientare la politica della concorrenza, ma non già al giudice, chiamato a decidere sulle liti intersoggettive (v. PAULWEBER, *The End of A Success Story? The European Commission's White Paper and the Modernisation of the European Competition Law*, in *World Comp. Rev.*, 2000, 3 ss., 30; conf., sembra, G. ROSSI, *Governo, Magistratura e Autorità Garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust*, in *Riv. soc.*, 2000, 1084 ss., secondo cui la Commissione avrebbe, negli anni, sfruttato "la versatilità – probabilmente non casuale – del terzo comma dell'art. 81"; ID., *Antitrust e teoria della giustizia*, ivi, 1995, 1 ss., 6; non indulge invece a siffatte dubbiosità TESAURO, *Diritto transnazionale antitrust e tutela dei diritti individuali*, in *Antitrust e globalizzazione*, Milano, 2004, 19 ss., 29, che si limita a rilevare come: "dall'entrata in vigore del regolamento n. 1/2003 ... i giudici nazionali avranno la completa padronanza del caso"). Esula dallo scopo della presente trattazione affrontare compiutamente questo tema, di cui ci si limita a segnalare l'importanza, oltre che la penuria di contributi della dottrina processualistica sul punto. La tesi poc'anzi tratteggiata sembra tuttavia resistibile sotto almeno tre profili. Il primo, di stretto ordine "costituzionale": non consta, nel Trattato, alcuna limitazione soggettiva, quanto agli organi chiamati a dare applicazione all'art. 101, co. III, TfUE. Gli è piuttosto che in origine e fino all'entrata in vigore del Reg. 17/1962, il Trattato ha consentito espressamente agli Stati membri, mediante i loro organi (anche giurisdizionali), di dare applicazione per intero al *corpus* delle regole di concorrenza. Sgombrato dunque il campo da codesta obiezione di ordine formale, la questione circa l'applicabilità dell'art. 101, co. III, TfUE in sede giurisdizionale va sottoposta al vaglio tecnico-processuale. È da chiedersi, pertanto, se una simile opzione sia compatibile con la funzione del giudice. Se, in altre parole, la valutazione di interessi estranei a quelli riconducibili alle parti del processo e, cionondimeno, suscettibili di risultare dirimenti per la soluzione del conflitto intersoggettivo (interessi del mercato, dei consumatori, etc.), non implichi un esercizio di discrezionalità, tanto indeterminata nei suoi presupposti quanto inconciliabile con lo *ius dicere*. Problema che ha appunto da porsi solo con riguardo al c.d. "giudizio di esenzione", posto che, al di fuori di tale ipotesi, non è dubbio che financo le autorità amministrative di vigilanza del mercato "proced[ono] alla qualificazione in termini di liceità/illiceità delle condotte dei privati, alla stregua di regole di condotta interamente predeterminate dal legislatore, senza spazi di ponderazione o apprezzamento discrezionali e senza, in particolare, poter riconoscere o negare gli effetti previsti dalla legge in forza di valutazioni di opportunità": v. NEGRI, *op. cit.*, 39. A noi sembra, tuttavia, che la disposizione dell'art. 101, co. III, TfUE individui in modo sufficientemente preciso tanto gli elementi su cui il giudice è chiamato ad appuntare la propria cognizione quanto l'esito possibile del giudizio, in dipendenza dal riscontro di tali circostanze nel caso concreto: in maniera non dissimile (e financo con

maggior dovizia descrittiva, sotto questo profilo) da quelle norme di diritto interno che sottendono l'esercizio di un potere di apprezzamento da parte del giudice, in funzione di interessi generali che trascendono quelli delle parti (v., per un esempio relativo al potere di riduzione della penale previsto dall'art. 1384 c.c., Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128: "la natura inderogabile dell'art. 1384 c.c., attribuitiva al giudice del potere di ridurre la penale ... è posta principalmente a salvaguardia dell'interesse generale, per impedire sconfinamenti oltre determinati limiti di equilibrio contrattuale"): *contra*, parrebbe, AUTERI, *Nullità e autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, I, 69 ss., 71, il quale afferma che "il carattere generico delle condizioni [previste dall'art. 81, co. III, Tr. CE] implica un ampio margine di discrezionalità tecnico economica". Si sarebbe dunque, al più, per dirla con la dottrina processualistica tedesca (su cui v. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice*, Milano, 1975, 172 ss.), al cospetto di una *gebondenes Ermessen*, ossia di un apprezzamento giudiziale ancorato a parametri legali che ne segnano, al tempo stesso, i limiti e le finalità, quali tipicamente previsti da norme giuridiche elastiche; non già di fronte all'esercizio di una *freie Ermessen*, vale a dire di un'attività di ponderazione di interessi totalmente svincolata, perché compiuta in assenza di qualsivoglia parametro normativo preesistente. Si badi poi – e potrebbe esser questo, a ben vedere, un argomento assorbente per contrastare la tesi in discorso – che il diritto derivato (art. 2, Reg. 1/2003), laddove raccorda l'applicazione dell'art. 101, co. III, TfUE ad uno stringente onere di allegazione e prova gravante sulla parte interessata, sembrerebbe precludere abbastanza nettamente qualsivoglia iniziativa officiosa al riguardo (non dovrebbe esser lecito, per fare un solo esempio, disporre l'esibizione d'ufficio di documenti atti a comprovare i c.d. effetti migliorativi sul mercato suscettibili di promanare da un certo accordo giudizialmente contestato, se l'impresa parte del processo, la quale abbia dato attuazione a tale accordo, nulla abbia allegato a tal riguardo). Come tutto ciò si concilia con il carattere imperativo delle norme *antitrust*, ripetutamente sottolineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (*Eco Swiss; van Schijndel*) allo scopo di favorirne la massima potenzialità applicativa, è questione strettamente connessa al tema in esame, su cui meriterà parimenti riflettere in futuro. Tutt'altra questione, infine, è quella relativa allo *standard* di prova che la parte eccipiente dovrà soddisfare, e che potrà variare, da uno Stato membro all'altro, a seconda di quanto previsto dalla *lex fori*. Il principio della c.d. autonomia processuale degli Stati membri *in parte qua* è espressamente salvaguardato (v. quinto 'considerando' Reg. 1/2003: "Il presente regolamento non incide né sulle norme nazionali in materia di grado ed intensità della prova né sugli obblighi delle autorità garanti della concorrenza e delle giurisdizioni nazionali degli Stati membri inerenti all'accertamento dei fatti pertinenti di un caso, purché dette norme e detti obblighi siano compatibili con i principi generali del diritto comunitario"). Interessante, a quest'ultimo riguardo, è notare a quali approdi sia pervenuta la giurisprudenza statunitense, quanto alla prova dell'illiceità delle condotte anticompetitive. Essa si assesta attorno a un nucleo formato da tre *standards* probatorii, applicabili in via successiva, secondo una logica gradata. Vige, ad un primo livello di scrutinio, la c.d. "per se rule", vale a dire una presunzione forte (non mai però assimilata ad una presunzione legale *iuris et de iure*) di illiceità di tutte quelle intese che palesino la loro idoneità a produrre un "direct and immediate effect ... upon interstate commerce" in ragione del loro oggetto, e così allorché esso "facially appears to be one that would always or almost always tend to restrict competition" (v. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Sys., Inc.*, 441 U.S. 1, 19-20 [1979]). In tali casi, il giudice è dispensato dallo svolgimento di ulteriore attività istruttoria ("per se rules are invoked when surrounding circumstances make the likelihood of anticompetitive conduct so great as to render unjustified further examination of the challenged conduct": *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 85, 103-04 [1984]), ben potendo fondare la propria decisione sulla *conclusive presumption* anzidetta, la quale è a sua volta sorretta da una massima di esperienza, frutto della consolidata prassi applicativa dei divieti *antitrust* ("it is only after considerable experience with certain business relationships that courts classify them as per se violation of the Sherman Act": così *United States v. Topaco Assoc.*, 405 U.S. 596, 607-08 [1972]). Dove non si diano le condizioni per fare applicazione della "per se rule", se cioè manchi la prova di un'intesa avente espressamente ad oggetto condotte vietate dal diritto *antitrust*, l'illiceità della condotta contestata potrà cionondimeno presumersi allorché le sue "anticompetitive consequences"

dell'avvenuto decentramento dell'applicazione di tutte le norme del diritto della concorrenza a favore dei giudici degli Stati membri non sembra infatti corroborata da considerazioni giuridiche stringenti: essa fa della circostanza (meramente fattuale) secondo cui la Commissione avrebbe in passato utilizzato le flessibili previsioni dell'art. 101, co. III, TfUE come strumento per la promozione di determinate politiche concorrenziali (volta in volta esentando talune tipologie di accordi a preferenza di altre) il proprio unico punto di forza. Quest'ultimo rilievo, tuttavia, è assai poco concludente, e nulla ha a che spartire con i consueti canoni ermeneutici, che impongono di muovere dal tenore della disposizione fino a ricavarne la norma e la sua *ratio*, non già dall'osservazione del modo in cui una data disposizione riceva applicazione da parte di un organo (per giunta amministrativo e non giurisdizionale), con il risultato di dare adito a vistose superfetazioni interpretative¹¹⁸.

Lungi dall'apparire un elemento probante a sostegno della predetta tesi è poi la circostanza secondo cui i Giudici comunitari, in sede di impugnazione avverso i provvedimenti di esenzione individuale assunti dall'esecutivo comunitario, si sarebbero

appaiano ugualmente manifeste, ma l'impresa cui la condotta illecita è stata imputata sarà ammessa a fornire prova contraria, con i seguenti possibili esiti: se la convenuta non prospetti alcuna "*legitimate justification*", che tale dovrà apparire ad un esame sommario, la pratica o l'accordo contestati potranno essere considerati illegittimi e la pretesa risarcitoria su di essi fondata accolta "*without ado*"; laddove, invece, l'impresa convenuta abbia offerto "*sound justifications*" il giudice dovrà vagliare appieno tali argomenti, mediante una "*full-scale 'rule of reason' analysis*" (v. *United States v. Brown University*, 5 F.3d 658, 678 [3d Cir. 1993]), la quale "*rule of reason*" integra il terzo degli *standards* di prova suscettibili di impiego nei processi statunitensi. Quanto, infine, al riparto degli oneri probatori, esso avviene su basi identiche a quelle previste dal diritto europeo: si afferma colà infatti che "*the plaintiff bears the initial burden of showing that the activity at issue may 'suppress or even destroy competition'. If the plaintiff meets this standard, the burden shifts to the defendant to prove that the activity promotes a sufficiently 'pro-competitive' objective. To mount a successful rebuttal, the plaintiff must 'demonstrate that the restraint is not reasonably necessary to achieve the stated objective'*": v. *STACHTIARIS, Undergraduate Financial Aid and United States v. Brown University*, in *Fordham Law Rev.*, 1994, 1745 ss., 1748.

¹¹⁸ L'inidoneità dell'argomento fattuale-retrospettivo criticato nel testo a cogliere la *ratio* dell'art. 101, co. III, TfUE è sottolineata pure da FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Étude de la règle de raison*, Paris, 1993, 220, che afferma: "Le paragraphe 3 de l'article 85 fonctionne, par conséquent, comme une exception d'intérêt public, et non comme une évaluation économique véritable des effets pro et anticoncurrentiels d'un accord particulier", diversamente da quanto ritenuto da TOFFOLETTI, *Riforma del diritto antitrust comunitario: giudizio di esenzione e diritti dei singoli*, in *Giur. comm.*, I, 2000, 417 ss., 424, nt. 13, che annovera l'A. francese tra gli assertori della tesi positiva, secondo cui, cioè, l'art. 101, co. III, TfUE investirebbe gli organi chiamati a farne applicazione di un potere eminentemente discrezionale.

astenuti dal sindacare nel merito le scelte compiute dalla Commissione: quella stessa dottrina è infatti costretta ad ammettere che il *self-restraint* dei Giudici comunitari in occasione del sindacato sugli atti della Commissione sarebbe basato non tanto sulla natura politica degli obiettivi da quest'ultima perseguiti a mezzo delle proprie decisioni di esenzione individuali (peraltro abolite dal Reg. 1/2003), quanto piuttosto in ragione della asserita complessità delle valutazioni di carattere tecnico-economico compiute dalla Commissione¹¹⁹.

Neppure potrà sfuggire, del resto, che la dottrina in questione, di ascendenza non processualistica, omette di confrontarsi con tutte quelle ipotesi, numericamente assai rilevanti a dispetto della predicata loro eccezionalità¹²⁰, in cui l'ordinamento attribuisce al giudice civile un potere di intervento nell'ambito del regolamento negoziale delle parti, con funzione integrativa e financo, talora, sostitutiva delle previsioni dell'autonomia privata, a tutela di interessi che ben possono trascendere quelli riferibili alla sfera giuridica dei paciscenti. In ipotesi di tale fatta, si badi, l'esercizio della discrezionalità rimessa al giudice civile per fare applicazione di norme elastiche risulterebbe parimenti sottratto ad un sindacato di legittimità (ferma restando la necessità di motivare le ragioni che ne abbiano giustificato l'impiego)¹²¹: eppure nessuno penserebbe mai di associare alla statuizione giudiziale un carattere "politico" o

¹¹⁹ V. TOFFOLETTI, *op. cit.*, 427-428.

¹²⁰ Su cui DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, 205 ss.; NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 226 ss.; RAGUSA MAGGIORE, *Limiti di validità temporale della clausola di vendita a prezzo imposto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1252 ss., 1267 ss.; MIRABELLI, *Commento sub art. 1379 c.c.*, in ID., *Comm. cod. civ.*, 3° ed., Torino, 1980, 316-317; MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 269 ss., 289 e nt. 46; FUNAJOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 401 ss., 403 nt. 13. MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962, 205 ss., spec. 211 ss.. All'applicazione di tali norme corrisponderebbe poi, sul versante processuale, la categoria concettuale delle c.d. sentenze determinative, le quali sottenderebbero, per l'appunto, una scelta del giudice "sia pure secondo dati e criteri obiettivi che gli vengono indicati": così, RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, Milano, 1975, 388-389, e ID., *Le sentenze determinative*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, 565 ss..

¹²¹ Con riferimento all'insindacabilità del potere di riduzione della penale *ex art. 1384 c.c.*, v. Cass., 24 aprile 1980, n. 2749, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1784.

discrezionale nel senso stretto del termine, in ragione dei limiti alla loro insindacabilità¹²².

Ampiamente superabile sembra infine l'obiezione secondo cui, per effetto delle modalità applicative introdotte dal Reg. 1/2003, gravemente indebolita risulterebbe addirittura la forza cogente dei divieti sanciti dal Trattato, ritenendosi, in particolare, che nel nuovo sistema di *enforcement* binario del diritto della concorrenza un'intesa avrebbe assai maggiori possibilità di essere considerata "definitivamente e su ogni piano lecita", a motivo del fatto che "il bilanciamento delle restrizioni di concorrenza con effetti di efficienza [sul mercato] dovrà necessariamente essere effettuato, e risolto in senso negativo, prima di giungere al divieto. Senza contare, naturalmente, che una cosa è (per qualsiasi istituzione giudicante) valutare una fattispecie di cui il sistema si incarichi di reprimere, in via generalizzata e diretta, gli aspetti contrari alle istanze pure di tutela della concorrenza; tutt'altra cosa è valutare la medesima fattispecie rispetto ad uno standard che incorpori necessariamente ed espressamente un compromesso, un bilanciamento, tra tali istanze e quelle di promozione dell'efficienza"¹²³.

¹²² V. BORNKAMM, *Judicial control of competition authority decisions in European and national law*, Relazione al IX Convegno Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea, Treviso, 20-21 maggio 2010; ID., *Richterliche Kontrolle von Entscheidungen im deutschen und europäischen Kartellverwaltungsverfahren*, in *Journ. Comp. Law*, 2010, 34 ss., che sottolinea il netto distinguo tra i concetti di "margin of discretion", "marge de manoeuvre", "Ermessenspielraum", che implicano la natura costitutiva del provvedimento ("rechtsgestaltender Verwaltungsakt"), ed il concetto di "judgment evaluation", "marge d'interpretation", "Beurteilungsspielraum", sotteso alle norme elastiche, che non altera la natura dichiarativa della decisione. A seguito della riforma del regolamento di procedura per l'applicazione degli artt. 101 e 102 TfUE, secondo l'A., le decisioni giudiziali assunte in base a tali disposizioni avrebbero carattere meramente dichiarativo.

¹²³ Così, TOFFOLETTI, *op. cit.*, 431. Alternativamente, la critica alla devoluzione della competenza ad applicare interamente i precetti dell'art. 101 TfUE si incardina sulla circostanza che, mentre nel sistema precedente, qualunque accordo avrebbe dovuto essere notificato alla Commissione e sottoposto a controllo amministrativo, nel vigore del Reg. 1/2003, abolito l'obbligo di notificazione degli accordi, questi ultimi potrebbero venire attuati indisturbatamente dalle imprese e sostanzialmente *sine die* finché un concorrente non solleciti l'intervento delle autorità di vigilanza o non promuova un'azione risarcitoria o inibitoria in sede civile: v. ELLGER, *sub* Art. 81 Abs. 3 EGV, in IMMENGA-MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht: EG*, 4. Auf., München, 2007, § 50: "Andererseits ergibt sich für die Wettbewerbsordnung das Risiko, dass eine Vielzahl wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen nie Gegenstand behördlicher oder gerichtlicher Überprüfung wird, weil sich kein Konkurrent, Lieferant oder Abnehmer bei der Kartellbehörde beschwert oder bei Gericht dagegen klagt. Angesichts der grundlegenden Bedeutung des Schutzes der Wettbewerbsordnung im gemeinsamen Markt und der grundsätzlichen Missbilligung von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, die in Art. 81 Abs. 1

Tali affermazioni farebbero perno sulla dubbia premessa secondo cui, nel nuovo sistema, “il bilanciamento di restrizioni concorrenziali e miglioramenti di efficienza non è soltanto presupposto necessario della valutazione circa la liceità di ogni fattispecie, ma è anche il giudizio che ne determina in via definitiva lo *status* giuridico”¹²⁴. Queste

EG zum Ausdruck kommt, kann nur ein System der vorherigen Genehmigung solcher Vereinbarungen dem Erfordernis eines Schutzes des wirksamen Wettbewerbs genügen”. Si tratta, anche in questo caso, di obiezioni puramente fattuali, le quali provano semmai una volta di più l’assenza di ragioni ermeneutiche o di carattere sistematico o istituzionale di ordine superiore ostative al conferimento della delega ai giudici nazionali ad applicare interamente lo statuto della concorrenza comunitario.

¹²⁴ TOFFOLETTI, *op. loc. cit.*. Si dovrebbe aprire qui una lunga parentesi sul tipo di sindacato cui le decisioni della Commissione sono soggette in sede di gravame avanti ai Giudici comunitari: Tribunale di primo grado (*recte*: Tribunale Generale, nella denominazione assunta con il Trattato di Lisbona) e, in grado di appello, Corte di giustizia. Tema, quest’ultimo, dalla dottrina italiana specie più recente non di rado unitariamente trattato con quello del sindacato del giudice amministrativo sugli atti dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, a seguito, è da credere, del richiamo della giurisprudenza del Consiglio di Stato alla prassi seguita dalle Corti comunitarie, come osserva NEGRI, *op. cit.*, 197 ss.. Riteniamo, così, doveroso fissare almeno qualche punto (che appaia, allo stato, relativamente) fermo, riguardo all’evoluzione registrata dai due filoni giurisprudenziali considerati, mettendone in evidenza punti di contatto e lontananze. Comune alla giurisprudenza comunitaria e nazionale è l’assunto, elevato a dogma, secondo cui i provvedimenti della Commissione e dell’Agcm godrebbero della natura “autoritativa” tipica dell’attività discrezionale dell’amministrazione, dotata della “forza di imporsi giuridicamente al giudice come tale” (così, ANGIOLINI, voce *Giurisdizione (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 317 ss., 356), la quale si rifletterebbe necessariamente sul carattere del sindacato giurisdizionale e sulla struttura cassatoria del giudizio, finalizzato all’annullamento dell’atto impugnato e mai all’esercizio di un potere di accertamento sostitutivo da parte del giudice (NEGRI, *op. cit.*, 186). Quanto all’intensità del sindacato, a dispetto della diversa e talora confusoria terminologia impiegata nella prassi nazionale e comunitaria, le soluzioni invalse sono, almeno sul piano formale, analoghe. Così, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1189; Cons. St., Sez. VI, 22 aprile 2002, n. 2173, in *Foro amm. Cons. St.*, 2002, 978 ss., nt. RANGONE, *Intese nel mercato assicurativo e sindacabilità dei provvedimenti antitrust*; Cons. St., Sez. VI, 28 settembre 2002, n. 5156; Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 9269) è presto maturata – sulla scia dell’orientamento inaugurato da Cons. St., Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss., nt. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*; in *Foro amm.*, 2000, 422 ss., nt. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*; in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182 ss., nt. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*; *ivi*, nt. LAZZARA, “Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive, che ha negato la riconducibilità al merito amministrativo della c.d. discrezionalità tecnica, rammentando (sulle orme della nota tesi gianniniana, su cui v. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss., 1061; con qualche diversità di accento, MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 1099 ss., 1108, che pure mette in luce l’intima contraddittorietà della figura della d. tecnica, rilevando la finalità meramente conoscitiva del ricorso alle cognizioni scientifiche e la piena attrazione di quei risultati al sindacato di legittimità, salvo aggiungere che il sindacato giudiziale incontrerebbe un limite allorquando “l’impiego delle norme tecniche si effettui per apprezzare l’effettiva idoneità a soddisfare l’interesse affidato alla cura del potere discrezionale”) che le scelte tecniche, per quanto opinabili, non coinvolgono profili di opportunità; aprendo così un divario concettuale, evidenziato dalla giurisprudenza successiva, tra valutazioni tecniche condotte sulla base di regole scientifiche certe, ed interamente attratte alla cognizione del g.a.; e

valutazioni tecniche consistenti in apprezzamenti tecnici opinabili oppure valutazioni in cui non è possibile distinguere chiaramente tra opinabilità ed opportunità della scelta amministrativa; fattispecie, queste ultime, sindacabili alla stregua dei profili estrinseci di logicità e ragionevolezza – la convinzione secondo cui i provvedimenti dell'Agcm sono sindacabili soltanto per vizi di legittimità e non di “merito”, non potendo il g.a. sostituire i propri accertamenti di fatto a quelli dell'autorità, ma soltanto verificare che le valutazioni compiute da quest'ultima non incorrano nei vizi, riconducibili alla figura dell'eccesso di potere, di illogicità, incongruità ed irragionevolezza. A tal fine, il g.a. può procedere ad una autonoma verifica della sussistenza dei fatti su cui si fonda il provvedimento dell'autorità (ed in tal senso si parla di sindacato “forte”). L'intensità del controllo giudiziale, tuttavia, subirebbe una *deminutio*, degradando a sindacato “debole”, di fronte alle c.d. “valutazioni tecniche complesse”, che l'autorità compie allorché fa uso di conoscenze tecniche e criteri economici opinabili per applicare al caso concreto concetti giuridici indeterminati, quali la nozione di “mercato rilevante”, di “posizione dominante” di “restrizione del commercio”. Il sindacato del g.a., in casi simili, si limita a una verifica di “attendibilità”, e così di ragionevolezza, logicità e coerenza degli apprezzamenti dell'autorità in rapporto ai fatti da essa accertati (questi soli, ripetesi, suscettibili di riesame da parte del g.a., il quale, di contro, non potrebbe sostituire alla valutazione tecnica dell'autorità una propria diversa valutazione, sia pur sorretta da altrettante conoscenze tecniche, ausiliariamente acquisite). Il dibattito, va da sé, è ancora fervente, ma viene focalizzandosi sulla struttura delle norme sostanziali e in particolare sull'opportunità di disciplinare la materia con norme elastiche, le quali presterebbero il fianco a valutazioni di opportunità, a detrimento della certezza del diritto: in arg. v. le contrapposte riflessioni di DENOZZA-TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'“approccio economico” nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, conc. e regole*, 2006, 563 ss. e PARDOLESI, *Chi ha paura dell'interpretazione economica del diritto antitrust?*, *ivi*, 2007, 119 ss.. Sul versante comunitario, l'enunciazione del principio secondo cui il controllo giurisdizionale sulle valutazioni complesse di carattere economico (c.d. “*economic discretion*”) “non può spingersi oltre l'esame dei dati di fatto e delle conseguenze giuridiche che la Commissione ne ha tratto” si deve a C. giust., sent. 13 luglio 1966, nelle cause riunite C-56 e 58/64, *Consten & Grundig*. Nel successivo caso *Remia c. Commissione* (sent. 11 luglio 1985, in causa C-42/84) la Corte ha precisato che di fronte di siffatte valutazioni il sindacato giudiziale dev'essere circoscritto alla “verifica dell'osservanza delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di un errore manifesto di valutazione e di sviamento di potere” (v. LASOK, *Judicial Review of Issues of Fact in Competition Cases*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1983, 86 ss.). Parrebbe dunque esservi piena corrispondenza tra la coppia “sindacato forte-sindacato debole”, ricorrente da qualche tempo nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, ed il binomio “sindacato pieno-sindacato ristretto” coniato dalla giurisprudenza comunitaria. L'applicazione del suddetto criterio discrezionale da parte dei Giudici comunitari, tuttavia, non sempre appare univoca, dando adito al sospetto che l'etichetta di “valutazione economica complessa” sia talora utilizzata in modo largheggiante, e così pure in assenza di valutazioni della Commissione opinabili, bensì, semplicemente, onde risparmiare al giudice dell'impugnazione lo svolgimento di un articolato riesame sui fatti posti alla base di tali valutazioni, che pure, secondo quanto detto in precedenza, dovrebbe ritenersi pienamente ammissibile: v. MORETTI, *Valutazioni economiche complesse in materia antitrust e self restraint dei giudici dell'UE*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 315 ss., spec. 327 ss. e la dottrina *ivi* richiamata. Non mancano, peraltro, opinioni di segno contrario, volte a mettere in luce come, al di là dei richiami di rito alle formule invalse, i giudici comunitari, e specie il Tribunale UE, abbiano preso a svolgere un controllo vieppiù pervasivo sulle decisioni della Commissione, varcando i limiti di una verifica appuntata sui soli “errori manifesti”: in questo senso, NEGRI, *op. cit.*, 199-200, la quale, con riferimento a C. giust., sent. 15 febbraio 2005, in causa C-12/03, *Tetra Laval II*, parla di evoluzione del sindacato giurisdizionale comunitario “verso un controllo pieno e sostitutivo” quanto all'accertamento dell'illecito anticoncorrenziale, così come accade – per espressa previsione normativa – con riguardo al sindacato sulle ammende irrogate dalla Commissione: a mente dell'art. 31, Reg. 1/2003, infatti, “*la Corte di giustizia ... può estinguere, ridurre o aumentare l'ammenda o la penalità di mora irrogata*”. Sulla compatibilità con gli artt. 6 Cedu e 47 Carta di Nizza del sindacato “di merito” sulle

considerazioni, tuttavia, più che da elementi obiettivamente attingibili dalla *littera legis*, sembrano in realtà muovere da una sfiducia preconcepita nell'avvenuta rimessione del potere di applicare integralmente le regole *antitrust* in capo al giudice nazionale. Non si spiega, altrimenti, per quale ragione le autorità giurisdizionali degli Stati membri non dovrebbero da sé avvedersi della natura, all'evidenza eccezionale, della norma prevista dal terzo comma dell'art. 101 TfUE rispetto al divieto in via generale sancito dal primo comma del medesimo articolo.

sanzioni svolto dai Giudici comunitari, si è espressa, da ultimo, C. giust., 8 dicembre 2011, in causa C-386/10 P, *Chalkor AE c. Commissione*, con considerazioni peraltro più generali, suscettibili di estensione al complessivo modello di sindacato giurisdizionale sulle decisioni della Commissione in materia di concorrenza, onde è opportuno soffermarvisi. Nel caso di specie, l'impresa ellenica Chalkor, sanzionata dalla Commissione per aver partecipato a un cartello europeo tra i produttori di tubi di rame, impugnava avanti alla Corte di giustizia la sentenza con cui il Tribunale di I grado aveva rigettato un precedente ricorso di annullamento della decisione della Commissione, dalla stessa Chalkor promosso, lamentando che il Tribunale avrebbe svolto una verifica meramente estrinseca della legittimità della sanzione irrogata (in specie, limitandosi a verificare se la Commissione si fosse attenuta ai propri stessi Orientamenti per la quantificazione delle ammende), senza scendere ad un esame "nel merito", volto alla verifica della proporzionalità in concreto della sanzione applicata. Per tale motivo e forte, a quanto consta, di un parere *pro veritate* reso da F. Jacobs, già Avv. gen. alla Corte, la ricorrente riteneva che il controllo giurisdizionale esercitato dal Tribunale nel caso concreto, e quale risultante in genere dalla sua giurisprudenza, non sarebbe stato compatibile con le garanzie previste dall'art. 6 Cedu, enucleate dalla Corte di Strasburgo. Tali argomentazioni sono state respinte dalla Corte di giustizia, che ha rilevato come, nel caso di specie, l'impresa ricorrente, nel primo grado del giudizio comunitario, non avesse formulato censure specifiche nei confronti della decisione della Commissione, tali da sollecitare un riesame o una nuova istruttoria da parte del Tribunale – estesa, per così dire, ai fatti "irriflessi", evocando sempre la nota definizione gianniniana –, nonostante l'onere gravante sul ricorrente di "identificare gli elementi contestati della decisione impugnata, di formulare censure a tale riguardo e di addurre prove, che possono essere costituite da seri indizi, volti a dimostrare che le proprie censure sono fondate" (punti 62 e 65). Di interesse è però soprattutto la conclusione attinta dalla Corte e volutamente concepita in termini generali. "Il controllo previsto dai Trattati", si afferma, "implica dunque che il giudice dell'Unione eserciti un controllo tanto in diritto quanto in fatto e che esso disponga del potere di valutare le prove, di annullare la decisione impugnata e di modificare l'importo delle ammende" (punto 67). Evidente, in tale snodo della motivazione, appare il richiamo alla formula ricorrente nella giurisprudenza di Strasburgo, secondo cui l'art. 6 Cedu può ritenersi rispettato soltanto laddove sia garantito l'accesso ad un giudizio tanto sugli elementi di diritto quanto sugli elementi di fatto (in ciò si riassume la locuzione "*plénitude de juridiction*"): v. Corte eur. dir. uomo, sent. 23 giugno 1981, n. 43, *Le Compte c. Belgio*, punto 51 (nel caso di specie, relativo all'impugnazione della delibera con cui un ordine professionale aveva disposto la sospensione dall'albo di un suo iscritto, la Corte ritenne infatti che l'art. 6 Cedu fosse stato violato poiché, da un lato, né il consiglio provinciale né il consiglio di appello dell'ordine di appartenenza del ricorrente potevano ritenersi giudici imparziali, essendo ambedue gli organi composti da membri del medesimo ordine professionale; dall'alto, il giudizio di cassazione previsto avverso le decisioni del consiglio di appello si sarebbe appuntato sui soli vizi di legittimità della decisione. Talché, si concluse, nel corso dell'intera vicenda al ricorrente era stato negato un giudizio, in fatto e in diritto, avanti ad un giudice imparziale).

Quanto poi all'affermata appartenenza necessaria all'oggetto del giudizio sulla illiceità degli accordi o pratiche tra imprese, quale una sorta di questione preliminare di merito, del "bilanciamento" tra gli interessi particolari delle parti e gli interessi generali del mercato o delle imprese concorrenti, giova osservare che tale prospettiva risulta addirittura sconfessata *ex positivo iure*, avuto riguardo alla inequivoca previsione dell'art. 2, co. III, Reg. 1/2003. In base a tale disposizione l'esistenza di condizioni migliorative apportate dalle condotte tacciate di illegittimità deve formare oggetto di una eccezione di parte. Esclusa, dunque, ogni prospettiva di un bilanciamento di interessi e di un correlativo allargamento del *thema probandum* officioso da parte del giudice nazionale¹²⁵. Se una siffatta eccezione sia poi in concreto proposta, spetterà al giudice nazionale, col suo prudente apprezzamento, valutarne l'attendibilità in base alle prove assunte ad istanza dell'eccepente.

Il Reg. 1/2003, come si vede, non sottende alcuno scollamento, tanto meno vistoso, dai principi tradizionali in materia processuale, e non appare in grado di detrarre alcunché alla forza cogente dei divieti enunciati dal Trattato. Del tutto incongrua si profila, a quest'ultimo riguardo, l'affacciata equiparazione tra il rigetto di una domanda volta all'accertamento della nullità di una determinata intesa, disposto dal giudice nazionale che abbia accertato la sussistenza delle condizioni elencate dall'art. 101, co. III, TfUE, e la patente amministrativa di esenzione dai divieti *antitrust* che, nel sistema previgente del Reg. 17/1962, sarebbe stata conseguibile solo in virtù di una decisione individuale della Commissione. Questa tesi sembrerebbe in sostanza voler mettere sullo stesso piano, in ragione di una presunta identità effettuale, due entità tutt'affatto disomogenee, se non addirittura incommensurabili tra loro, quali il giudicato civile di validità (o di invalidità) di un determinato rapporto giuridico tra imprese, da un lato, ed un provvedimento amministrativo esentativo o sanzionatorio, dall'altro. Ne nascerebbero corollari inaccettabili.

¹²⁵ ID., *op. cit.*, 449, il quale afferma che "la sussistenza dei requisiti previsti [dall'art. 81, co. III] dovrebbe rappresentare un fatto impeditivo del diritto allegato da chi agisca per ottenere nullità e danni".

Non è sostenibile, in particolare, che l'accertamento della validità di un'intesa in sede civile, quand'anche munito del crisma del giudicato, goda di una efficacia extraprocessuale tale da conformare la condotta delle autorità di vigilanza preposte alla tutela del mercato (Commissione e autorità nazionali della concorrenza), in specie precludendo a queste ultime di addivenire a conclusioni di segno opposto a quelle attinte dal giudice civile, inibendo altresì l'esercizio del potere sanzionatorio rispetto ad un'intesa, la cui validità sia stata accertata nel processo concluso con sentenza passata in giudicato. E ciò anche a prescindere dal rilievo secondo cui il giudicato fa stato tra le sole parti del giudizio e loro aventi causa, e sarebbe dunque inopponibile alla Commissione o all'autorità nazionale che non sia divenuta parte del processo (quest'ultime, del resto, neppure sarebbero titolari di una situazione giuridica sostanziale tale da potere legittimare in astratto un loro intervento in causa¹²⁶, salvo

¹²⁶ Altro problema è stabilire se le c.d. autorità indipendenti, in ragione della predicata loro terzietà ed "estraneità" agli interessi in conflitto, siano legittimate ad intervenire nel giudizio di impugnazione delle loro stesse decisioni promosso dai destinatari avanti al giudice amministrativo (ovvero davanti al giudice ordinario, a seconda di quanto previsto dalla disciplina istitutiva). In senso affermativo, in una fattispecie di giudizio di opposizione ad un provvedimento del Garante della protezione dei dati personali promosso ai sensi dell'art. 29, co. VI, l. 675/1996, in cui il Tribunale di Roma aveva dichiarato inammissibile l'intervento spiegato dal Garante nella causa pendente tra un assicurato ed il proprio assicuratore, cui si imputava (come confermato dal Garante) di avere illegittimamente negato l'accesso ai propri dati personali da parte dell'assicurato, si è pronunciata Cass., Sez. I, 20 maggio 2002, n. 7341 – Pres. Olla; rel. Berruti. La Cassazione ha fondato la propria conclusione sulla considerazione secondo cui il Garante, ancorché qualificabile come autorità indipendente, la quale "fa uso del principio di imparzialità" (argomento che per vero non pare del tutto concludente, dal momento che tale principio informa l'operato di ciascuna articolazione della p.a.), non sarebbe comunque titolare di un "potere definitivo", essendo i suoi atti soggetti ad impugnazione in sede giurisdizionale. "Da tutto ciò" deriverebbe, a parere della Suprema Corte, che "il garante [è legittimato a] partecipare al giudizio di impugnativa di un suo atto, quale sia stato il procedimento che lo ha preceduto, per far valere davanti al giudice lo stesso interesse pubblico in funzione del quale esso è predisposto, ed in tale attività resta legato all'obbligo di imparzialità proprio perché l'interesse pubblico suddetto non gli è estraneo". Quel che più in generale può constatarsi è una certa ritrosia ad affrontare il tema della natura propria e degli effetti delle decisioni delle autorità indipendenti in seno al processo civile a partire dall'assunto, che dovrebbe invece esser primariamente scandito, che "pare indubitabile che le autorità indipendenti facciano parte della pubblica amministrazione e svolgano quindi una funzione *lato sensu* amministrativa, essendo ad esse attribuita la cura di un interesse (pubblico, collettivo, diffuso, generale: lo si definisca come si vuole), ancorché le modalità per il perseguimento di un tale interesse siano diverse da quelle tradizionali, e siano appunto assimilabili a quelle di un giudice o di un arbitro": così, LUISO, *Commento* sub art. 29, l. 31 dicembre 1996, n. 675, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 662 ss., 665, che mette altresì in guardia (sulla scia di FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss.; ma v. anche ID., *L'esperienza del processo nella cultura*

speciali disposizioni di legge che prevedano la possibilità di un intervento come *amicus curiae*, come l'art. 15, Reg. 1/2003: su cui v. *infra*, parte seconda).

Il motivo, che pare assorbente onde destituire di fondamento la summenzionata tesi, che teme, in buona sostanza, per l'effettività della funzione pubblica di vigilanza e di orientamento della politica concorrenziale, la quale riuscirebbe indebolita dagli strali di "giudicati civili di esenzione" su determinati rapporti o condotte anticoncorrenziali, sembra essere il seguente: a concepire come dipendenti l'uno dall'altro i due distinti piani di rilevanza giuridica di una medesima condotta o rapporto tra imprese, l'applicabilità dei divieti *antitrust* da parte degli organi a ciò preposti ed a tal fine dotati dei poteri repressivi finirebbe per essere condizionata all'operare del principio dispositivo, le quante volte almeno la parte che lamenti di aver subito un danno a causa di una condotta illecita non riesca a dimostrare – e neppure per collusione o dolo, bastando solo ipotizzarsi una genuina quanto incolpevole fattispecie di *male gestae litis* – la contrarietà dell'*agere* anticoncorrenziale avversario ai divieti comunitari¹²⁷.

contemporanea, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 10 ss.) dal rischio di confondere il dato meramente strutturale del procedimento – specie dove caratterizzato dalla presenza del contraddittorio – con la sua intima funzione. La struttura contraddittoria del procedimento è condizione necessaria ma non sufficiente per potersi discorrere di processo giurisdizionale. Conf. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006, 44.

¹²⁷ In quegli ordinamenti, invece (come nel ricordato disegno di legge governativo n. 2076 del 1958 v. *retro*), in cui la legittimazione a proporre una declaratoria di illiceità di una determinata condotta sia conferita al *quavis de populo* e solo a seguito dell'accoglimento di una domanda siffatta sorga il presupposto per l'attivazione dei poteri sanzionatori dell'amministrazione, potrebbe, in effetti, immaginarsi un più ampio spazio per ragionare in termini di più stretta intersezione tra i due piani – privatistico e pubblicistico – di rilevanza della medesima condotta illecita; e vi sarebbe allora margine per ipotizzare l'operare del principio del "*ne bis in idem*" quanto alla possibilità di irrogare sanzioni da parte dell'organo pubblico a ciò preposto. Alternativamente, potendosi pensare ad un fenomeno di consunzione dell'azione pubblica per effetto del rigetto dell'azione privata. In arg. v. BAKER, *Competition in U.S. competition law enforcement – how the federal agencies and private plaintiffs both complement and weaken each other*, Relazione al IX Convegno Antitrust *fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea*, Treviso, 20-21 maggio 2010, che rileva come "private plaintiff losses on important issues have apparently foreclosed Department of Justice from pursuing future cases against regulated enterprises" portando l'esempio del caso *Credit Suisse v. Billings*, 551 U.S. 264 [2007]. Questo precedente, per vero, non si interroga sui fenomeni preclusivi che, a seguito del rigetto di una *class action* privata deducete un illecito *antitrust*, potrebbero aversi nei confronti di un'azione pubblica "*de eadem re*", nel sistema statunitense rimessa all'iniziativa della Antitrust Division presso il Department of Justice e soggetta alla medesima competenza delle corti federali. Esso interessa sotto altro, non meno rilevante profilo, ed in particolare per aver negato che una medesima condotta illecita, rilevante per il diritto finanziario ("*federal securities law*") e soggetta ai poteri repressivi dell'autorità di vigilanza ("*Securities Exchange*

Senonché la prospettiva poc'anzi delineata si pone in antitesi con la scelta di fondo del legislatore comunitario, che ha inteso istituire un sistema di controllo pubblicistico della struttura concorrenziale del mercato, affidato alla Commissione, ma affiancato da un sistema (per il vero preesistente e giocoforza decentrato) di tutela giurisdizionale, costituito dall'apparato giudiziario dei singoli Stati membri, di cui l'ordinamento comunitario pure si avvale mediante l'attribuzione dell'efficacia diretta orizzontale alle sue norme sostanziali, compiuta dalla Corte di giustizia.

La reciproca autonomia tra l'azione repressiva amministrativa e la tutela giurisdizionale¹²⁸, del resto – fatto ovviamente salvo il successivo debito

Commission”), dia luogo ad un concorso di norme, legittimando così alla proposizione di una *class action antitrust* fondata sullo *Sherman Act*. E tanto, si argomenta da una Supreme Court divisa, poiché ad ammettere che “antitrust plaintiffs may bring lawsuits throughout the Nation in dozens of different courts with different nonexpert judges and different nonexpert juries” si andrebbe incontro al rischio che tali giudici “make unusually serious mistakes” in un settore di “tremendous importance to the economy of this country” (in senso opposto v. infatti l'*opinion – concurring* solo nell'esito – di Stevens J: “Surely I would not suggest, as the Court did in *Twombly*, and as it does again today, that either the burdens of antitrust litigation or the risk “that antitrust courts are likely to make unusually serious mistakes”, should play any role in the analysis of the question of law presented in a case such as this”; e la *dissenting opinion* di Thomas J).

¹²⁸ I due piani della tutela, inoltre, non sono assimilabili tra loro, ancorché se ne predichi talora la pari idoneità a soddisfare l'interesse individuale: non è dubbio, infatti, che la tutela conseguibile dall'impresa che denunci la violazione di un divieto in sede amministrativa o si renda attrice in un processo civile possa risultare equivalente, se l'“interesse al risultato” abbia ad oggetto un provvedimento inibitorio, che può essere adottato tanto dall'autorità amministrativa quanto da quella giurisdizionale (v. SCUFFI, *Azioni inibitorie ed ordini di facere nel private enforcement del diritto antitrust*, Relazione al IX Convegno Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea, Treviso, 20-21 maggio 2010). Non si deve, tuttavia, incorrere nell'errore di muovere dalla pretesa similarità tra i due sistemi sotto il profilo rimediabile per desumere altresì una univocità (o complementarietà) di funzioni tra amministrazione e giurisdizione, come trapela da certune vischiosità od imprecisioni terminologiche (v. ID., *op. cit.*, secondo cui “il Tribunale ordinari in composizione monocratica è chiamato a *reprimere* le condotte violative degli artt. 81 e 82 del Trattato”; ns. enfasi; ma anche, soprattutto, il ‘considerando’ “C” della Risoluzione del Parlamento europeo del 26 marzo 2009 sul Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme comunitarie, secondo cui “le azioni risarcitorie sono soltanto uno degli elementi di un sistema efficace di applicazione delle norme *da parte dei privati*”). In questo senso desta l'interesse un rilievo di TOFFOLETTI, *op. cit.*, 449, nt. 58, per il quale “in assenza della possibilità di notifica e in virtù della competenza piena dei giudici ordinari, si può ipotizzare che le imprese ricorrono all'azione di accertamento (negativo) per realizzare la finalità di ottenere certezza sulla validità di un accordo, naturalmente con effetti soltanto *inter partes*”. Pare chiaro, da quanto precede, che l'A. intenda riferirsi al caso in cui un'impresa, la quale tema di aver stipulato un contratto nullo in ragione di una presunta contrarietà ai divieti comunitari *antitrust* (si pensi ad es. ad un contratto pluriennale di distribuzione o di fornitura esclusiva, che molto hanno occupato la Commissione, tra esenzioni individuali e regolamenti di categoria), proponga una domanda di accertamento mero (non già di a. negativo, volto a fare accertare la mera questione della “non contrarietà ai divieti” del contratto azionato,

quanto invece, secondo noi, da concepire proprio come domanda di accertamento positivo) della validità del contratto (per la cui ammissibilità v. CONSOLO, *Spiegazioni di dir. proc. civ.*, tomo I, Padova, 2003, 127-128). Lasciando da parte problemi e pseudoproblemi connessi al riparto dell'onere della prova in un caso simile, può osservarsi subito come, in difetto (della prospettazione di) una contestazione in ordine alla validità del contratto da parte del convenuto, una siffatta iniziativa processuale sarebbe votata ad un sicuro rigetto, per difetto di interesse ad agire in capo al domandante. La clausola dell'art. 100 c.p.c., si afferma, in rapporto all'azione di mero accertamento, esige la prospettazione di uno stato di incertezza oggettiva dipendente da un fatto esteriore e non da considerazioni meramente soggettive (ID, *Commento* sub art. 100 c.p.c., in CONSOLO-LUISSO (a cura di), *Cod. proc. civ. comm.*, II ed., Milano, 2000, 586-587). Né potrebbe avere alcun valore "sanante", a tale riguardo, il prospettato timore dell'impresa contraente di incorrere nelle sanzioni derivanti dalla violazione dei divieti di legge, e suscettibili di esserle irrogate in futuro dagli organi amministrativi preposti alla vigilanza del mercato. Si noti, infatti, che anche l'approccio maggiormente pragmatico della dottrina anglosassone, che si preoccupa di garantire un rimedio idoneo ad evitare alle parti dispendi inutili ovvero a consentire di pianificare la loro attività con la certezza d'essere "libere da obblighi", non fa mai premio sull'elemento del vanto o della contestazione *extra iudicium*, sempre dato per presupposto (v. BORCHARD, *The declaratory judgment*, Washington, 1919, 45: "there seems to be no logical reason why the State, instead of throwing the parties upon the necessarily unauthoritative advice of counsel and thus often nourishing the seed of a difference of interpretation into a full-grown lawsuit, should not furnish an official forum, its regular courts, for the settlement of differences arising out of the construction or interpretation of contracts"; ZAMIR, *The declaratory judgment*, London, 1962, 129 ss.; EAGER, *The declaratory judgment action*, Buffalo-New York, 1971, 5 ss.). Gli è, infine, che il bisogno di tutela giuridica, quale presupposto per la messa in moto dell'apparato giurisdizionale, mancherebbe ogni qual volta "per l'atto processuale, di cui si tratta, è aperta un'altra via speciale di tutela giuridica", e così, innanzitutto, quando "è data la possibilità di tutela nel campo dell'amministrazione" (così SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica (Un concetto giusprocessualistico fondamentale)*, trad. it. di Carnelutti, in *Riv. dir. proc.*, 1948, 132 ss., 142). Alla luce di questi rilievi, opportunamente attualizzati e calati nel nostro contesto, onde soddisfare il bisogno di certezza giuridica in ordine alla compatibilità del contratto stipulato con la normativa concorrenziale, l'impresa nello stato di dubbio potrebbe rivolgere alla Commissione la richiesta di un parere non vincolante (*'comfort letter'*) che renda però esplicito il punto di vista dell'esecutivo comunitario sulla vicenda. Laddove l'impresa avesse ad essere successivamente sanzionata dalla Commissione, in ragione dell'accertata violazione dei divieti concorrenziali consumata mediante la stipulazione del contratto, la domanda di tutela giurisdizionale andrebbe rivolta ai Giudici comunitari, sotto forma di ricorso in annullamento contro la decisione individuale. Ulteriore variante dell'esempio in discorso, che mette ancor di più alla prova l'assunta autonomia (la quale non implica, in ogni caso, una segregazione ermetica o l'assoluta incomunicabilità) tra i due piani di rilevanza delle condotte anticoncorrenziali, impone di vagliare se a seguito dell'accertamento di un'infrazione, compiuto dall'autorità amministrativa, nasca sol perciò in capo all'impresa sanzionata l'interesse ad agire in sede giurisdizionale, per l'accertamento (negativo) dell'assenza di qualsivoglia responsabilità nei confronti dei soggetti astrattamente legittimati a far valere pretese risarcitorie nei suoi confronti, i quali potrebbero evidentemente giovarsi, a tal fine, del provvedimento amministrativo sanzionatorio, invocandolo, ad esempio, come prova (a volersi in questo modo ragionare) della condotta illecita. La possibilità, per l'impresa sanzionata, di provocare l'annullamento dell'atto amministrativo all'esito del giudizio amministrativo di legittimità, non varrebbe, in tal caso, a determinare il venir meno dell'interesse all'accertamento dell'assenza di responsabilità in capo all'impresa sanzionata nei confronti di terzi. L'annullamento dell'atto amministrativo, quand'anche disposto a seguito dell'accertamento dell'insussistenza dei fatti posti alla base del provvedimento, non spiegherebbe infatti alcuna efficacia conformativa nel processo civile: e tanto, essenzialmente – e a prescindere dai limiti soggettivi del giudicato amministrativo –, per la ragione che "oggetto dell'accertamento amministrativo sarebbe, allora, oltre lo schermo rappresentato dall'atto impugnato, il rapporto giuridico tra il privato e la P.A., con la conseguenza che quest'ultima non potrebbe più reiterare

approfondimento delle ulteriori ragioni che corroborano tale affermazione –, può evincersi da tutta una serie di indici testuali, talora assai eloquenti, disseminati nel Reg. 1/2003 ed in particolare dalle sue premesse. Vi si legge, ad esempio, che il sistema di applicazione accentrata del diritto della concorrenza istituito dal Reg. 17/1962 avrebbe “*frenato l’applicazione delle regole di concorrenza comunitarie da parte delle giurisdizioni ... degli Stati membri*” (terzo ‘considerando’). Il ruolo centrale delle giurisdizioni nazionali, la cui competenza ad applicare gli articoli 81 e 82 del Trattato è sancita dall’art. 6, Reg. 1/2003 viene poi consacrato dal settimo considerando del Regolamento, a tenore del quale esse “*svolgono una funzione essenziale nell’applicazione delle regole di concorrenza comunitarie*” che si concretizza, con l’ampiezza delle misure previste dalla *lex fori* (cautelari e inibitorie comprese) nella tutela dei “*diritti soggettivi garantiti dal diritto comunitario nelle controversie fra privati, in particolare accordando risarcimenti alle parti danneggiate dalle infrazioni*”.

Non mancano, tuttavia, profili di notevole incertezza, dovuti certo, almeno in parte, alla novità che la modernizzazione del sistema di *enforcement* decentrato della concorrenza ha rappresentato per tutti – istituzioni e Stati membri –, ma dietro a cui si annida il rischio di involuzioni autoritarie¹²⁹. Si riprenda la lettura del settimo considerando, il quale così recita: “*Le giurisdizioni nazionali svolgono sotto questo aspetto un ruolo complementare rispetto a quello delle autorità garanti della*

il provvedimento” (così, NEGRI, *op. cit.*, 221). È da considerare poi a quale grave restrizione andrebbe incontro il diritto di azione ove si negasse all’attore la possibilità di esercitarlo in sede civile, sulla sola base della cennata possibilità di impugnare l’atto amministrativo sanzionatorio. Irrrinunciabile per rendere ammissibile una domanda di mero accertamento, anche in questa prospettiva, appare tuttavia l’elemento della contestazione o del vanto stragiudiziale da parte del convenuto. E difatti, se, da un lato, può ammettersi che “è compito del giudice ordinario intervenire per l’eliminazione di uno stato di fatto contrario al diritto prodotto da un atto amministrativo” (SCHÖNKE, *op. cit.*, 142), non è dubbio che il provvedimento sanzionatorio in questione sollevi attorno all’impresa uno stato di apparenza in ordine alla commissione di un’infrazione, di cui i terzi potrebbero tener conto come no. Se nessun terzo avanzi pretese nei confronti dell’impresa in questione, la tutela giuridica di quest’ultima si esaurirà con l’annullamento degli effetti giuridici (sanzionatori) dell’atto.

¹²⁹ Rischio contro cui, diec’anni addietro, metteva in guardia BIAVATI, *Interessi e mercato nel processo comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 793 ss., con riguardo a talune prassi devianti dai consecuti canoni di equità del processo – parità delle armi in testa – e alla propensione dei Giudici comunitari a favorire il punto di vista della Commissione, emerse dall’esame delle regole e delle modalità di svolgimento in concreto dei processi pregiudiziali comunitari in materia di concorrenza.

concorrenza degli Stati membri. Occorrerebbe quindi consentire loro di applicare pienamente gli articoli 81 e 82 del trattato”.

È un passaggio critico, di primaria importanza, che va opportunamente meditato. È codesta affermazione di “complementarietà” dell’attività giurisdizionale rispetto all’attività svolta dagli organi amministrativi di vigilanza, in particolare, a far temere per il rispetto del principio di legalità. Come si evita la *contradictio in adiectis* tra la declamazione dell’essenzialità dei giudici nazionali nel sistema di tutela della concorrenza e tutto quanto segue nel medesimo considerando, che sembra alludere (e neppure sommessamente) ad una funzionalizzazione del ruolo stesso delle giurisdizioni degli Stati membri?

A pena di svilire la funzione dei giudici nazionali a quella di meri liquidatori dei danni derivanti dalle infrazioni del Trattato¹³⁰, accertate in un’unica sede extraprocessuale, e di concepire il processo nazionale come una mera parentesi “di completamento” di un’attività subiettivamente ed obiettivamente non giurisdizionale, occorre tenere ben fermo l’ago della bilancia e ribadire che i motivi di opportunità, sottesi al decentramento applicativo delle regole della concorrenza comunitarie, non possono obliterare i basilari principi (comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri) che presiedono alla tutela giurisdizionale. Occorre evitare, per usare una celebre espressione, di innesacare pericolosi fenomeni di “riduzione”¹³¹ o di asservimento (del diritto civile al diritto amministrativo; del diritto soggettivo all’interesse legittimo; e, nel caso che ci riguarda) della giurisdizione all’amministrazione. Il che può evitarsi, segnatamente, a mezzo dell’attività

¹³⁰ Tendenza che appare, allo stato, men che remota, la quale porta con sé una surrettizia affermazione della tipicità delle azioni esperibili in materia *antitrust*, privilegiando ovviamente, su tutte, l’azione risarcitoria, “nominata” dallo stesso Reg. 1/2003, non più concepite come strumentali mezzi di tutela per il singolo, bensì quale “mezzo capace di mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato” (così, da ult., Cons. St., Sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4016, *SEA c. Agcm, Air One*, punto 28.8). Più che opportuna, sotto questo profilo, è la puntualizzazione svolta in premessa da NEGRI, *op. cit.*, XI, nt. 4, secondo cui la restrizione della competenza della Corte d’appello alle sole azioni nominate *ex art. 33, l. 287/1990*, “apre l’adito ad una residuale competenza del Tribunale per le domande con diverso *petitum*”.

¹³¹ CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, 24 ss..

interpretativa di una costellazione oggettivamente ambigua, tante le voci contrastanti che essa ha sollevato.

È con questa conclusione-premessa che abbandoniamo il tema più generale degli interessi tutelati dal diritto della concorrenza comunitario, per addentrarci nell'esegesi delle norme, dagli snodi ancora assai poco frequentati dalla dottrina processualistica, di coordinamento tra l'azione della Commissione ed il processo civile avanti ai giudici nazionali in materia *antitrust*, che investono da vicino alcune problematiche sottese alla *litigation* transfrontaliera, cui si proverà tosto a dar risposta.

PARTE SECONDA

PROFILI PROBLEMATICI DEL COORDINAMENTO TRA PROCESSO CIVILE E PROCEDIMENTO ANTITRUST COMUNITARIO

SOMMARIO: 1.- Cenni introduttivi sull'interpretazione del diritto comunitario e del Reg. 1/2003 di procedura in particolare. 2.- I principi generali del diritto comunitario non cospirano necessariamente a sancire il "primato" degli accertamenti amministrativi della Commissione in materia di concorrenza, con efficacia vincolante per il giudice nazionale. 3.- (segue). In particolare, ciò non consegue al "divieto" per il giudice nazionale di assumere decisioni "in contrasto" con quelle adottate dalla Commissione, la cui genesi nell'*arrêt Masterfoods*, codificato nell'art. 16, Reg. 1/2003, è da riferire al caso-limite di conflitti pratici tra effetti della decisione della Commissione ed effetti della sentenza. 4.- Critica della tesi che associa alle decisioni della Commissione l'efficacia positivo-conformativa del giudicato sostanziale. Limiti di ordine costituzionale che ne impediscono l'accoglimento. 5.- Declinazione della tesi dell'efficacia negativo-preclusiva del giudicato nell'ordinamento processuale inglese, ove il riesame dei fatti accertati dalla Commissione è impedito in chiave di "*abuse of the process of the court*". 6.- La presa di posizione ambigua del Tribunale di Milano nel caso del "cartello della gomma": è negata formalmente l'efficacia conformativa delle decisioni della Commissione nel processo civile, ma la domanda giudiziale, il cui accoglimento porti a contraddirne gli accertamenti, va dichiarata inammissibile per difetto di interesse ad agire (/abuso del processo). 7.- Le ipotesi di sospensione del processo contemplate dall'art. 16, Reg. 1/2003 non sono avvicinabili alla sospensione necessaria per pregiudizialità tra cause; né ad una ipotesi di sospensione discrezionale per "convenienza istruttoria". 8.- L'art. 16, Reg. 1/2003 è derivato dal principio di leale collaborazione: esso esorta le giurisdizioni nazionali ad avvalersi di ogni mezzo previsto dalla *lex fori* per evitare contrasti decisorii, ma non costringe a deviare dai principi costituzionali ed in specie dal principio di soggezione del giudice (soltanto) alla legge.

1. Cenni introduttivi sull'interpretazione del diritto comunitario e del Reg. 1/2003 di procedura in particolare.

Dopo aver affrontato, nella prima parte del presente studio, il discorso sulle origini e sulla natura delle regole comunitarie in materia di concorrenza, e gettato così le fondamenta sostanziali dell'indagine, occorre ora procedere ad un più attento esame del diritto derivato, ed in particolare delle regole che, nel Reg. 1/2003 c.d. "di

procedura”¹³², sovrintendono al coordinamento tra l’azione pubblicistico-amministrativa di tutela del mercato, cui è preposta la Commissione affiancata dalle autorità nazionali della concorrenza (tra loro comunicanti attraverso una apposita Rete europea della concorrenza), e le “finestre” applicative del diritto *antitrust*, suscettibili d’apertura a livello decentrato, avanti agli organi giurisdizionali dei singoli Stati membri. Accadrà così le quante volte insorgano liti individuali (o collettive) tra imprese concorrenti, o tra queste e i consumatori¹³³, e sia reso pendente un processo che abbia per oggetto diritti soggettivi, nella cui fattispecie rientri la violazione delle norme del Trattato dotate di efficacia diretta (artt. 101 e 102 TfUE), non importa se il *petitum* sia poi di accertamento mero (anche negativo, come si vedrà), costitutivo (dove si ammetta ad es. che la violazione dei precetti *antitrust* si traduca in una causa invalidante che non dia già luogo a nullità negoziale, bensì ad un vizio del consenso, in specie ad errore sull’oggetto del contratto, e così, nella più parte dei casi, sul prezzo), inibitorio o condannatorio in senso lato.

Il plesso normativo che viene in rilievo, all’interno del *codex* concernente l’applicazione delle regole di concorrenza nel duplice piano pubblico e privato di rilevanza poc’anzi descritto, consta di appena quattro articoli¹³⁴. Essi sono in veloce

¹³² Su cui si v. le panoramiche generale di BUTTAZZI, *Il regolamento comunitario n. 1/2003 e le sue ricadute sui processi nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 183 ss., e declinata sugli aspetti concernenti l’osmosi probatoria tra procedimenti antitrust e giudizi nazionali di BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 193 ss..

¹³³ Della legittimazione sostanziale allargata riconosciuta anche in capo ai consumatori dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sent. *Courage e Manfredi*) si è detto nella Parte precedente. A mero titolo di richiamo dei risultati in precedenza attinti, giova ricordare che esulavano da quella giurisprudenza considerazioni di politica legislativa, quali l’opportunità di estendere la titolarità dell’azione risarcitoria ad una più ampia base soggettiva onde incrementare l’efficacia “deterrente” dei divieti *antitrust* nei confronti delle imprese con lo spauracchio della sanzione civile. Non si è, in sostanza, inteso creare “a group of private attorneys general”, come era negli intenti di precedenti disegni di legge e che rimane al centro del dibattito nell’ordinamento nordamericano, dove azione pubblica e privata si attuano entrambe nella sede giurisdizionale e condividono i medesimi fori, dando talora luogo a inefficienze, quanto al raggiungimento degli obiettivi sostanziali sottesi al diritto oggettivo: per una recente analisi di ciò, v. LAVE, *Umbrella standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims*, in *Antitrust Bull.*, 2003, 223 ss..

¹³⁴ Vi sarebbero, a ben vedere, anche altre disposizioni involgenti la cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali. Alcune si trovano nell’art. 20, co. 6 e 8, Reg. 1/2003 (*Poteri*

rassegna i seguenti: l'art. 2 (*Onere della prova*), del quale si disse allorché si presentò l'onere d'eccepire le condizioni idonee a sottrarre gli accordi giudizialmente contestati dalla scure della nullità come una delle caratteristiche salienti del passaggio dal Reg. 17/1962, imperniato sul rigido controllo amministrativo (ammantato di esclusività quanto alle esenzioni dai divieti largite dalla Commissione), al più "liberale" Reg. 1/2003, nel cui vigore ogni accordo o pratica tra imprese si presume semplicemente valida fino all'accertamento successivo, in sede amministrativa o giurisdizionale, dell'eventuale incompatibilità con il diritto comunitario; l'art. 6 (*Competenze delle giurisdizioni nazionali*), che codifica, ed anzi estende all'art. 101, co. III, TfUE, la portata del *dictum* della Corte di giustizia sull'applicabilità diretta, nelle liti intersoggettive, dei divieti anticoncorrenziali sanciti dal Trattato, e prelude a una tendenza espansiva dell'effetto utile di tali norme, che assume oggi una dimensione

della Commissione in materia di accertamenti), che demanda alle giurisdizioni nazionali, negli ordinamenti in cui ciò sia previsto a tutela di libertà fondamentali, di autorizzare ispezioni ed accertamenti *in loco* da parte dei funzionari della Commissione, previo vaglio di fondatezza della gravità delle ragioni (*"l'autorità giudiziaria nazionale può chiedere alla Commissione ... una spiegazione dettagliata, in particolare, dei motivi per i quali la Commissione sospetta un'infrazione ... nonché della gravità della presunta infrazione e della natura del coinvolgimento dell'impresa interessata"*) che corroborano le richieste di assistenza della Commissione. Il tema esula dai profili del coordinamento decisorio, quale ci si propone in questa sede di trattare, e meriterebbe un capitolo autonomo. Esso apre nondimeno una interessante prospettiva sulle contaminazioni e, progressivamente, sull'osmosi di *rationes* della giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di Strasburgo su tutta una serie di profili di interesse perlopiù penalistico – tale è la qualifica affibbiata alla procedura di infrazione iniziata dalla Commissione, onde riportare un procedimento idoneo a sfociare nell'irrogazione di elevate sanzioni di tipo economico sotto l'ombrello delle garanzie approntate dagli artt. 6 (*ne bis in idem* e conseguente preclusione all'avvio di nuovi procedimenti di infrazione per i medesimi fatti da parte delle autorità nazionali della concorrenza, una volta che la Commissione abbia irrogato una sanzione alle imprese; divieto di autoincriminazione, diversamente modulato nella giurisprudenza delle due Corti, ed in senso più restrittivo in ambito comunitario; segreto della corrispondenza tra cliente ed avvocato, purché indipendente e non legale *"in-house"*) e 8 (diritto alla riservatezza, con riguardo all'abitazione privata) Cedu – ma che sovente attengono a quesiti più generali, non senza contatto col tema della trattazione, relativo agli eventuali vincoli alla cognizione del giudice a fronte degli atti della Commissione. Si noti, per fare un solo esempio, quanto previsto dall'ult. parte dell'art. 20, co. 8, Reg. 1/2003, a mente del quale *"la autorità nazionale non può né mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione"* laddove richiesta di autorizzare un'ispezione presso i locali delle imprese. Un prontuario della ricca giurisprudenza in materia è offerto da VAN BAEL-BELLIS, *Competition Law of the European Community*, cit., 985 ss., spec. 1020 ss.; LOUIS-ACCARDO, *Ne bis in idem, Part 'bis'*, in *World Comp.*, 2011, 97-112.

addirittura verticale¹³⁵; l'art. 15 (*Cooperazione con le giurisdizioni nazionali*), che assegna un potere di intervento "partecipativo" nel processo nazionale alla Commissione e introduce la possibilità di acquisizione al processo degli elementi istruttori appresi nel corso del procedimento di infrazione e viceversa (in quest'ultimo caso, ponendo un ipocritico accento sul limite alla utilizzabilità delle informazioni apprese dalla Commissione per dare avvio a nuove istruttorie); ed infine l'art. 16 (*Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza*), tra le più ambigue e discusse disposizioni del Regolamento e del diritto comunitario in genere, stante l'intarsio dei "principi generali" dell'ordinamento comunitario che in tale norma si trovano condensati.

Poiché, come par chiaro a questo punto, ci si accinge all'esegesi di norme appartenenti ad un ordinamento autonomo, sia pur non totalmente avulso, o sceverabile da quello interno, si ritiene per prima cosa doveroso passare in rassegna gli strumenti di cui ci si servirà, ed anteporre così qualche breve cenno sui criteri interpretativi suscettibili di venire in rilievo. Questi ultimi non sono necessariamente coincidenti con i criteri elencati dall'art. 12, prel., avvertendosi più forte l'esigenza, secondo le indicazioni rinvenibili da una costante giurisprudenza della Corte di giustizia, di adoperare un approccio, per così dire, più vicino alle aspirazioni cristallizzate nell'art. 15, L. 218/1995, che vuole che l'interpretazione della legge straniera avvenga secondo i suoi propri canoni interpretativi.

Si lambisce qui un tema, quello dell'interpretazione in generale del diritto comunitario, messo ancora poco a fuoco dalla dottrina, eccezion fatta per la perspicua angolatura che impone di guardare al rapporto tra diritti nazionali e diritto comunitario dall'ovvio assunto del primato di quest'ultimo e da cui si ricavano ben noti e assai studiati corollari, declinati sotto forma di doveri per il giudice nazionale. Essi spaziano

¹³⁵ V. *Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali* (2009/C 85/01) del 9 aprile 2009, in cui la Commissione addita ai rimedi civilistici della concorrenza sleale e financo all'azione di risarcimento dei danni da promuovere contro lo Stato che abbia erogato aiuti illegittimi alle imprese concorrenti, come ricorda LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2010, 63 ss., 75-76.

dalla meno invasiva “interpretazione conforme” della norma interna al diritto comunitario, fino ad arrivare al più incisivo e dirompente obbligo di “disapplicazione” della norma interna che col diritto comunitario appaia in contrasto¹³⁶. Quanto invece al primo ed appunto più generale tema relativo all’interpretazione – *Auslegung* – delle norme comunitarie, soventemente di tipo evolutivo – s’ha in tal caso a ragion veduta a parlarsi di autentica *Rechtsfortbildung* –, pur senza ignorare i pregevoli quanto però risalenti contributi affacciati dal panorama dottrinale italiano¹³⁷, può risultare assai più proficuo guardare alla dottrina tedesca, da cui sono maturati i più fecondi frutti.

Quivi si incontra l’affermazione di principio, altrettanto incontestabile peraltro, secondo cui “il diritto comunitario è finalizzato e quindi deve essere interpretato secondo i suoi scopi”¹³⁸: essa è veicolo per una ricostruzione della gerarchia delle regole sottese all’attività interpretativa del diritto comunitario che eleva a proprio vertice (quasi egemone) il criterio teleologico – nella sua duplice accezione: formale, quale garanzia dell’*effet util* della norma comunitaria in quanto tale, prescindendo dal suo scopo; materiale, come sinonimo dell’attività di ricerca della finalità che l’ordinamento comunitario, a mezzo dell’enunciato normativo, si ripromette di perseguire –; al di sotto del criterio teleologico, in funzione ancillare, e così rigidamente subordinata ed inautonoma, si collocano i consueti criteri interpretativi letterale, sistematico, storico. Il celebre “censimento degli argomenti” dell’interpretazione della legge ne risulta pressoché integralmente sovvertito¹³⁹. Per ciascuno dei predetti criteri gioverà indi dar conto della specifica cifra di rilevanza mantenuta al cospetto del sovraordinato criterio finalistico.

¹³⁶ Per tutti, v. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., 194 ss..

¹³⁷ MONACO, *I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. dir. eur.*, 1963, 3 ss.; MENGOZZI, *Il Diritto della Comunità Europea*, Milano, 1990, 299 ss..

¹³⁸ JOUSSEN, *L’interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, trad. it. a cura di Nogler-Donini, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 491 ss., 495.

¹³⁹ Cfr. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Tr. dir. civ. comm.*, dir. da CICU-MESSINEO, vol. I, t. 2, Milano, 1980, 345 ss..

Per quel che concerne il criterio letterale, da tradizionale limite all'attività interpretativa del giudicante, secondo una logica di netta separazione tra i poteri, di fronte alle disposizioni comunitarie esso subisce lo spoglio del suo ruolo di garanzia contro interpretazioni creatrici "dal momento che nel diritto comunitario la separazione dei poteri ... non si è realizzata completamente". Funge ancora esso, rimanga bene inteso, da "punto di partenza dell'interpretazione, poiché ogni interpretazione può partire solo dal testo scritto della norma", con l'avvertenza però che la norma attinta suo tramite andrà comunque soggetta all'influsso correttivo, spesso e volentieri travalicante la *littera legis*, postulato dal criterio teleologico¹⁴⁰.

Le premesse per una sicura applicazione del criterio sistematico, ugualmente, vedono affievolirsi i loro contorni, volta che siasi constatata l'assenza di "una sistematica fondante (anche solo a livello embrionale)" propria del diritto derivato. Le norme secondarie, vien giustamente rilevato, "non rivendicano nemmeno la regolamentazione di un ambito giuridico in modo completo": cosa di palmare evidenza se solo s'abbia ragione di confrontarsi con i Regolamenti comunitari – non più pochi ormai – in materia processuale, i quali abbisognano di un'integrazione eteronoma notevole, quando non suppliscano veri e propri arresti regolamentari – ad ulteriore conferma dell'offuscamento dei confini tra i poteri a livello comunitario – da parte della Corte di giustizia. Di conseguenza, gli argomenti che si basano sulla completezza degli atti legislativi "non possono godere di alcuna forza persuasiva autonoma"¹⁴¹.

Né il criterio storico gode di maggior fortuna o può semplicemente sperare di sottrarsi da codesta indiscriminata relativizzazione. "I lavori preparatori, le spiegazioni

¹⁴⁰ JOUSSEN, *op. cit.*, 523; con maggiore intensità di accenti v. anche PESCATORE, *ivi citato*. A quanto esattamente ammonti il contributo dell'allargamento dell'UE, e la conseguente semplificazione ed omologazione – che comporta però anche un inevitabile scadimento qualitativo – del linguaggio del Legislatore comunitario, per il determinarsi di un simile "stato delle cose" non è dato sapere. È un allarme, quello dell'appiattimento burocratizzante che si annida dietro a tanti esempi di regolamenti comunitari e financo di talune decisioni della Corte di giustizia, che già risuona, a quanto pare, nelle riflessioni di CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, *cit.*, 60, e nt. 34, 75-76.

¹⁴¹ JOUSSEN, *op. cit.*, 527.

manifestate, o il processo legislativo possono dare indicazioni” all’interprete, non si può certo negarlo. Nondimeno, questi potrà avvalersene solo “con beneficio d’inventario”, nella misura in cui non si perda mai di vista il carattere evolutivo del diritto comunitario, la cui caratteristica è non solo quella di svilupparsi “a grande velocità, ma anche di modificare gli scopi (politici) perseguiti”¹⁴². Se ne trae una regola di capitale importanza ai nostri fini, la quale può così riassumersi: ogni enunciato normativo di diritto comunitario derivato dev’essere interpretato alla luce del diritto comunitario nel complesso dei suoi scopi e, soprattutto, *del suo stato di sviluppo all’epoca dell’applicazione della relativa prescrizione*¹⁴³.

2. *I principi generali del diritto comunitario non cospirano necessariamente a sancire il “primato” degli accertamenti amministrativi della Commissione in materia di concorrenza, con efficacia vincolante per il giudice nazionale.*

Non dovrà stupire, alla luce di tutto quanto s’è detto in precedenza, se lecitamente possa iniziare a farsi strada, senza tema di incorrere in subitanee o patenti smentite, il proposito di rimeditare l’affermazione un poco categorica – e tuttavia certamente coerente col tenore testuale dell’enunciato che la sorregge – che vuole che “non possano nutrirsi dubbi circa il carattere vincolante, per il giudice nazionale, della previa decisione della Commissione, che si sia pronunciata sulla medesima vicenda”¹⁴⁴; vale a

¹⁴² *Ibid.*, 530.

¹⁴³ *Ibid.*, 534, con richiamo alla nota C. giust., sent. 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, *Cilfit c. Ministero della Sanità*.

¹⁴⁴ In questi termini, assieme a molti altri, NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., 80, ma v. spec. 65 ss. e 66 dove l’A. dà atto delle “incertezze che pure si affollano intorno al concreto criterio di coordinamento adottato in sede europea, tutt’altro che univocamente enucleabile da una pluralità di fonti dal disparato valore formale (almeno sino al recente regolamento n. 1/2003)”. V. peraltro le critiche alla conformazione attuale del riparto di competenze e del meccanismo di coordinamento decisorio tra Commissione e giudici nazionali successivamente sviluppate in ID., *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir-)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione Ce*, in *Int’l lis*, 2009, 71 ss. (prima parte); *ivi*, 133 ss. (seconda parte). L’A. evidenzia infatti che “la genericità della formula utilizzata dall’art. 16 lascia del tutto in ombra la natura, gli effetti ed i limiti di questo vincolo, letteralmente concepito in termini meramente negativi” (p. 74) e che, a fronte dell’applicabilità diretta degli artt. 81 e 82 Tr. CE, “la decisione sanzionatoria della Commissione ... non rappresenta essa stessa un elemento della fattispecie del diritto al risarcimento del danno, così che non si può dire propriamente che vi sia pregiudizialità tra il diritto fatto valere in sede civile e la legittimità della

dire su una vicenda sostanziale rilevante per il diritto comunitario della concorrenza la quale, s'assume, abbia formato successivamente la *causa petendi* di una domanda giudiziale, e sia di tal modo entrata a comporre l'oggetto di un processo instaurato avanti al giudice di uno Stato membro.

Quel che ci si propone, in altre parole, è di sottoporre a vaglio critico l'interpretazione corrente nella dottrina maggioritaria dell'art. 16, Reg. 1/2003, ed in particolare del suo primo ed assai articolato comma, che quasi minacciosamente recita: *“Quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 o 82 del trattato [artt. 101 e 102 TfUE] che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse [recte: avanti ad esse, se si riconosce come valido che ne procedat iudex ex officio] avviati. Tale obbligo lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi di cui all'articolo 234 del trattato [art. 267 TfUE]”*.

Prima di addentrarsi nell'esame delle varie ipotesi e sottoipotesi tratteggiate dalla norma, occorre però cercare di ricodurla al suo preambolo (in cui per solito campeggiano i principi ispiratori dei regolamenti comunitari e financo di loro singole disposizioni, in molti casi). Esso si rivela una risorsa preziosa per direzionare un percorso ermenutico che, come premesso, può solo limitatamente avvantaggiarsi del

decisione amministrativa” (p. 133), ove quest'ultima decisione sia resa oggetto di gravame avanti al Tribunale di primo grado da parte delle imprese destinatarie. Cionondimeno, “alla luce dell'eccezionale rilevanza che lo stesso art. 16 Reg. attribuisce alla fase amministrativa innanzi la Commissione, legittimando il giudice nazionale a sospendere il processo in attesa che la decisione amministrativa sia adottata” (p. 134) sarebbe egualmente necessario guardare ai congegni previsti dal diritto processuale interno onde individuare quello più adatto a consentire la sospensione del processo in pendenza del giudizio di impugnazione avanti della decisione della Commissione avanti ai giudici comunitari. Ci sembra, tuttavia, che la soluzione a tale ordine di problemi non possa prescindere dalla esatta definizione della natura del vincolo imposto al giudice civile. Segnatamente, si avverte il bisogno di precisare se l'efficacia vincolante che emana dalla decisione della Commissione sia da riferire ai suoi accertamenti in fatto e in diritto, ovvero soltanto all'efficacia precettiva dell'atto comunitario individuale.

dato letterale, dovendo farsi carico di adeguatamente valorizzare anzitutto lo scopo della norma, al pari dello “stato dell’evoluzione del diritto comunitario” che l’attornia. Nell’ambito del Reg. 1/2003, l’art. 16 è dunque da leggersi – quasi dessero vita ad un combinato disposto – in uno al ventiduesimo ‘considerando’, che enuncia, per quel che rileva ai fini della nostra indagine: “*Per assicurare il rispetto dei principi della certezza del diritto e dell’applicazione uniforme delle regole di concorrenza in un sistema di competenze parallele devono essere evitati i conflitti tra decisioni. Occorre pertanto precisare, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, gli effetti delle decisioni e dei procedimenti della Commissione sulle giurisdizioni e sulle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri”.*

Ci si muove, si disse poc’anzi, su di un terreno assai poco arato¹⁴⁵. Ci pare, tuttavia, possano cogliersi e siano da sottolineare almeno due aspetti che emergono dalla lettura del preambolo. Il primo attiene alle finalità che, giusta la disposizione dell’art. 16, Reg. 1/2003, l’ordinamento comunitario della concorrenza si ripromette di conseguire. Il preambolo, per vero, potrebbe risultare persino sovrabbondante *in parte qua*, dal momento che l’applicazione uniforme delle regole di concorrenza e la certezza del diritto sono ivi prefissate come obiettivi paralleli, mentre logica vorrebbe che i due termini venissero più congruamente rappresentati come avvinti da un nesso causa-effetto, tale per cui dall’applicazione uniforme delle regole sostanziali scaturisca la certezza giuridica. Vedremo poi, tuttavia, come ciascuno dei predetti elementi, in una prospettiva eminentemente comunitaria, reclami invece la propria autonomia concettuale, e che certezza del diritto ed uniformità nell’applicazione delle norme possono dunque ben coesistere quali obiettivi distintamente perseguibili, e non, per forza di cose, simbiotici.

¹⁴⁵ Al nesso – ad avviso di chi scrive meritevole di assai più ampia valorizzazione – tra l’art. 16, Reg. 1/2003 ed il ventiduesimo ‘considerando’ del medesimo Regolamento si nega, ad esempio, ogni considerazione in DITTRICH, *Commento* sub art. 16, Reg. 1/2003, in *Comm. breve dir. conc.*, a cura di UBERTAZZI, cit., 2124 ss.; e RAFFAELLI, *L’applicazione del diritto antitrust tra giudici nazionali e Commissione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 645 ss., 652, che si limita a parafrasare la lettera del dato positivo.

Il secondo aspetto di una certa rilevanza ai fini dell'interpretazione dell'art. 16, Reg. 1/2003 è poi quello concernente il richiamo, operato dal medesimo 'considerando', all'*acquis* pretorio della Corte di giustizia. A tale giurisprudenza, vien detto, guarda l'enunciato dell'art. 16, Reg. 1/2003, con l'intento di conformarsi ad essa. Quest'ultima previsione, ad un occhio appena un poco più sensibile alle comuni problematiche internazionalprivatistiche, potrà sembrare in grado di generare più problemi di quanti non aiuti a risolvere. Voleva forse il Legislatore comunitario codificare un orientamento giurisprudenziale formatosi anteriormente all'adozione del Regolamento 1/2003, e così nel vigore dell'abrogato Reg. 17/1962 (la cui diversa impostazione accentratrice diamo ormai per nota)? Anche ad ammetterlo, ci si trova di fronte ad un rinvio mobile o recettizio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, tenuto conto che essa è pur sempre suscettibile di evolvere? Nelle sue unisone versioni linguistiche, d'altronde, il Regolamento fa mostra di voler soltanto "precisare" (*préciser; clarify; geklärt werden; aclarar*) la portata di quei precedenti (di cui si darà più dettagliato conto *infra*), con un linguaggio che ben poco si attaglia ad una *voluntas* legislativa granitica (e meno asfittica) fatta di norme stringenti, derivazione di altrettanto chiari principi.

Questi ultimi profili già di per sé problematici, peraltro, come meglio si vedrà, risultano tutto sommato secondari e possono essere accantonati od almeno lasciati in sospeso per il momento. Il *case law* della Corte di giustizia in materia di coordinamento tra processo civile nazionale e procedimento amministrativo avanti la Commissione, infatti, a quasi due lustri dall'entrata in vigore del Reg. 1/2003, è rimasto non solo alquanto ridotto ma pressoché invariato, senza registrare evoluzioni suscettibili di destare soverchi problemi di "adeguamento" interpretativo.

Conviene piuttosto, in stretta aderenza allo schema tracciato nelle nostre premesse, iniziare ad occuparci del concetto di "certezza del diritto", vale a dire della finalità (assieme a quella dell'uniforme applicazione delle regole di concorrenza) sottesa ai meccanismi di coordinamento forgiati dall'art. 16, Reg. 1/2003. L'importanza capitale di definire lo scopo della norma s'intende: di fronte al dettato normativo ambiguo che caratterizza l'art. 16, Reg. 1/2003, laddove esso fa divieto al giudice nazionale di pronunciarsi "*in contrasto*" ("*decisions running counter to; which would*

conflict”; “*qui iraient à l’encontre*”; “*zuwiderlaufen*”; “*incompatibles; susceptibles de entrar en conflictio*”) con decisioni assunte (o in procinto d’essere assunte) da parte della Commissione, l’interesse generale sotteso alla norma dà la misura di come il divieto possa atteggiarsi e quello stesso interesse trovare la migliore protezione nella dinamica processuale, regolata dal diritto nazionale. Detto altrimenti, e prescindendo qui da ogni altra obiezione meritevole d’essere formulata e per l’istante rimandata al seguito: il linguaggio del Regolamento, finanche “discorsivo” *in parte qua*, poiché visibilmente mutuato dalle pronunce della Corte di giustizia, è tanto compatibile con una volontà del Legislatore comunitario di prevenire qualsivoglia tipo di contrasto decisorio, anche solo di tipo *logico*, tra la decisione della Commissione e la *lex specialis* che emana dal giudicato civile; quanto con una diversa volontà di prevenire – considerato che al procedimento condotto dalla Commissione pone capo una decisione individuale, idonea ad imporre degli obblighi di condotta nei confronti di una soltanto delle parti coinvolte nel processo civile bilaterale – i soli conflitti *pratici* tra i plurimi comandi suscettibili di essere impartiti dalle rispettive autorità¹⁴⁶, secondo un’impostazione che confinerrebbe l’art. 16, Reg. 1/2003 a ben più marginali ipotesi di applicazione (specie se il *petitum* nel processo civile fosse di tipo meramente risarcitorio; non profilandosi, del resto, nella

¹⁴⁶ Sembra riproporsi così, da diversa angolatura, un tema già presente alla dottrina di primo commento alla Conv. Bruxelles del 1968, allorché si trattava di definire l’esatto perimetro delle condizioni ostative al riconoscimento di una sentenza straniera, ed in particolare di determinare se sarebbe stato sufficiente ad impedirne l’ingresso in un altro Stato membro un qualsiasi “contrasto di decisioni”, suscettibile di insorgere anche fra decisioni che non si pronuncino su cause identiche, oppure, invece, se sarebbe stato richiesto un vero e proprio “conflitto di giudicati”, che presuppone che due sentenze definitive contrarie siano intervenute su identica lite o su identica questione: in arg. v. COSCIA, *Conflitti e contrasti di giudicati nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 265 ss.; D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007, 243 ss., spec. 276 ss., in critica alla dottrina tedesca (Lenenbach) secondo cui il “contrasto” si risolverebbe, essenzialmente, in un conflitto diretto tra gli accertamenti incontrovertibili contenuti nelle due decisioni – esclusa dunque l’ipotesi di contrasto ingenerato dalla mera efficacia preclusiva del giudicato straniero, la quale si ponga in contrasto con l’accertamento contenuto nella sentenza emanata nel foro del riconoscimento – e relativi al medesimo bene della vita, dovendosi tener conto della rispettiva estensione dei due giudicati negli ordinamenti d’origine. Sul fondamento del principio di “priorità”, che, a livello internazionale, vuole che il giudicato interno (i.e. nazionale) precedente, formatosi nello Stato del riconoscimento, prevalga sul giudicato straniero successivo confliggente, v. poi MERLIN, *Il conflitto internazionale di giudicati fra deliberazione costitutiva e riconoscimento automatico nel sistema italiano*, in *Il diritto processuale civile nell’avvicinamento giuridico internazionale*, cit., vol. II, 853 ss..

materia in discorso, l'ipotesi di un ordine restitutorio suscettibile di essere impartito dalla Commissione, a differenza, ad esempio, che in materia di aiuti di stato). Quale dunque l'accezione distintiva del principio di certezza del diritto in parola, che in ambito comunitario viene annoverato tra i principi generali dell'ordinamento, e la sua rilevanza specifica in ordine all'interpretazione dell'art. 16, Reg. 1/2003?

Per riuscire soddisfacente o quanto meno sufficientemente esauriente, una risposta a tale quesito dovrebbe probabilmente essere fatta precedere da una lunga premessa d'ordine storico, non potendosi certo rinnegare come siffatto principio della certezza giuridica affondi le radici nella teorica dello "stato di diritto". Codesto concetto, tuttavia, appare a sua volta, se non già sfuggente, proteiforme. Lo denota la pluralità dei significati che, al mutare delle epoche e delle dottrine giusfilosofiche, sono stati attribuiti a tale nozione. Una breve panoramica, senza alcuna pretesa di completezza, basterà a dimostrarlo.

Nei Paesi anglosassoni, dove per lungo tempo la partizione tra diritto privato e diritto amministrativo non viene neppure teorizzata e le controversie tra privato e pubblica amministrazione sono assoggettate alla giurisdizione ordinaria, la "*rule of law*" assume anzitutto le foggie di limite all'esercizio arbitrario (contrario ai basilari canoni di "*reason and equity*") del potere discrezionale sovrano, e solo in un secondo tempo si tramuta nell'esigenza costituzionale che tutte le limitazioni delle libertà individuali imposte dall'autorità godano di un preciso fondamento normativo. Di pari passo, la *rule of law* comporta la rimozione di tutti quei privilegi del potere sovrano che non appaiano costituzionalmente necessari e vadano a detrimento dell'eguaglianza delle parti¹⁴⁷. La Francia rivoluzionaria partorisce il concetto di "*Régne de la Loi*", imperativo nomocratico a garanzia delle libertà individuali contro l'arbitrio del potere statale, in forza del quale tutti i presupposti e le condizioni per l'esercizio dei poteri dell'apparato amministrativo e l'adozione di ciascun atto in cui il potere si concretizza devono essere predeterminati dalla legge. Nella Germania federiciana l'idea di "*Rechtstaat*" sottende

¹⁴⁷ WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1988, 23 ss..

la sindacabilità giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione e così la sottoposizione dell'apparato statale alla legge, secondo una concezione che riesce divergente rispetto a quella francese in ciò, che la legge pone soltanto dei limiti esterni all'attività dell'amministrazione ("*negative Bindung*"), mentre entro quei confini l'*agere* amministrativo può svolgersi sostanzialmente indisturbato, in difetto di una rigida predeterminazione dei presupposti (senza dunque risultare assoggettato ad una "*positive Bindung*" legalistica, che potrebbe definirsi di tipo conformativo)¹⁴⁸.

A prescindere, comunque, dal divario tra i sistemi continentali e quelli anglosassoni, insito nell'aver i primi abbracciato un modello di legalità astratto, quale può essere quello del *Rechtstaat* (che solo più tardi evolve nello *Justizstaat*, non appena ci si avvede che l'ingiustizia sostanziale può annidarsi dietro all'uguaglianza formale); i secondi nell'aver attinto tale principio dall'esperienza casistica, volta in volta misurando l'ingiustizia consumata dal potere sovrano in danno del sottoposto; prescindendo da ciò, dicevamo, può osservarsi come il concetto di certezza del diritto si innesta saldamente sul tronco dello "stato di diritto", non già come postulato ma come *fine* cui il potere deve tendere, quale che sia la forma in cui si estrinseca (legislativa, amministrativa), secondo le direttrici della prevedibilità e della ragionevolezza (che rappresentano insieme una sorta di "opposto contraddittorio" all'arbitrio indiscriminato)¹⁴⁹. Laddove, peraltro, l'espressione italiana "certezza del diritto"

¹⁴⁸ Per un'ampia panoramica ed ult. riff., v. FOIS, voce *Principio di legalità*, in *Enc. dir.*, 1973, vol. XXIII, 659 ss.; JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3. Auf., Offenburg, 1948, 6 ss.; MUESSIG-SEIF, *The Common Legal Tradition of a Court Established by Law: Historical Foundations of Art. 6 para. 1 European Convention on Human Rights*, in *Am. Journ. Legal History*, 2005, 161 ss., 165 ss..

¹⁴⁹ In arg. v. FERNANDEZ-ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, London, 1999, 92-93; l'affinità tra il principio di certezza del diritto ed il principio di legalità è invece sottolineata da TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2006, 242, il quale muove però da una prospettiva squisitamente anglosassone, evocativa della massima positivista *savoir c'est prévoir*, richiamandosi ad un noto *dictum* di Lord Diplock, [1975] AC 591, *Black Clawson Ltd v Papierwerke AG*, secondo cui "the acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it"; distingue invece nettamente tra principio di legalità e certezza del diritto SANTUCCI, *Accertamento e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 409 ss., per il quale la certezza del diritto non discenderebbe direttamente dalla legge "nel suo momento edittale, ma dalla interpretazione applicativa della legge, nella sua fase giudiziale e dopo la definizione del processo. In altri termini il principio di certezza coincide e si accompagna piuttosto col provvedimento giudiziale definitivo

sembrerebbe principalmente alludere alla chiarezza degli enunciati normativi, la traduzione di questo concetto in altre lingue – *Rechtssicherheit*; *securité juridique*; *legal security* (ma anche *certainty of the law*, ovvero, talora, *certainty in the law*) – appare univoca nel denotare che il suo nucleo originario è quello di fungere da “schermo dai rischi” cui l’individuo sarebbe altrimenti esposto di fronte all’esercizio del potere pubblico¹⁵⁰. Non a caso, nella giurisprudenza della Corte di giustizia che lo ha invocato (in innumerevoli precedenti e nelle materie più disparate: concorrenza, agricoltura, sicurezza sociale, contrattuale, tributaria, etc.), il principio di certezza del diritto è stato volutamente affiancato, quasi a volerlo sovrapporre, a quello del legittimo affidamento dei singoli¹⁵¹.

(il giudicato), anziché con quello legislativo (la statuizione della norma). Nel dinamismo giuridico la norma esprime una certezza che è ancora potenziale; mentre essa si attualizza con un provvedimento giudiziale applicativo, alla fine di un *iter* processuale: un *iter*, un processo di *accertamento*, che potrebbe dirsi un *iter* di *certificazione* normativa, appunto perché la norma *diviene* certezza effettuale attraverso un processo di indagine (istruzione) e di interpretazione storico-valutativa (ermeneutica) che si conclude con la sentenza o meglio, più genericamente, col provvedimento giudiziale”. Sennonché tale prospettiva sembra confondere la causa con il fine, laddove attribuisce agli effetti di una precipua attività dello Stato, quella giurisdizionale (o meglio al suo prodotto), di coincidere essi stessi col principio che si tratta di definire. In una prospettiva di teoria generale, la quale non limiti la titolarità dell’attività di accertamento ai soli organi giurisdizionali, e nell’ambito della quale l’efficacia dell’accertamento – l’incontestabilità (o la contestabilità solo a certe condizioni o con certi mezzi) di un tal fatto od atto giuridicamente rilevante – conosca una più ampia scala di gradazioni (quali individuate da FORNARCIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell’accertamento giuridico*, Torino, 2002; e FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965) fino ad arrivare a quella più elevata, che è senz’altro l’incontrovertibilità propria del giudicato, ciascun organo titolare di poteri di accertamento cospira alla produzione della certezza giuridica. Sugli effetti probatori degli atti amministrativi produttivi di certezze pubbliche in rapporto al processo si v. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 769 ss..

¹⁵⁰ Così ALPA, *La certezza del diritto nell’età dell’incertezza*, Napoli, 2006, 13-14; ma v. già LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv., a cura di G. ASTUTI, Milano, 1968, 47: “L’esigenza della certezza della norma, cioè della legge, e conseguentemente, attraverso di essa, della certezza del diritto, è stata sempre sentita come ineliminabile per la convivenza sociale ordinata. ... essa è basata sulla sicurezza che all’individuo ne deriva”; cfr. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, 23, che reputa supremo bene dello Stato “la certezza dei diritti e dei doveri individuali”, riflettendo la concezione obiettivistica della funzione del processo civile propria dell’A., in opposizione al pensiero di Chiofenda e Carnelutti, tra altri.

¹⁵¹ A dispetto della segnalata autonomia tra i due principi, anche in dottrina tale distinzione *tende a sbiadire*. Prova ne sia che i precedenti comunitari per solito citati sotto le diverse etichette si richiamano indistintamente al principio della certezza del diritto, di cui a ben vedere il principio del legittimo affidamento assurge a corollario. In questo senso, v. STROZZI, *Il sistema normativo*, in CHITI-GRECO (a cura di), *Tr. dir. amm. europeo, Parte generale*, Milano, 1997, 50-51, per il quale il principio della certezza del diritto impone che “tanto le norme comunitarie quanto le norme degli Stati membri, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario, devono essere formulate in modo non equivoco al fine di

Ne sono chiaro esempio, e proprio in materia di concorrenza ed aiuti di stato, i casi *Bosch* (1961)¹⁵², *Gray* (1986)¹⁵³, *Cristopoloni* (1991)¹⁵⁴ e *TWD* (1994)¹⁵⁵. Occorre

consentire ai soggetti interessati di conoscere i loro diritti e obblighi in modo chiaro”; mentre il *proprium* del principio del legittimo affidamento sarebbe dato dal potere gli amministrati “contare sul mantenimento di una situazione giuridica di fronte a una sua modifica improvvisa che non potevano ragionevolmente prevedere”; WYATT-DASHWOOD, *The Substantive Law of the EEC*, London, 1987, 59-61: “The principle of legal certainty requires that those subject to the law should not be placed in a situation of uncertainty as to their rights and obligations. The related concept of legitimate expectation constitutes an important corollary to this principle: those who act in good faith on the basis of the law as it is or seems to be should not be frustrated in their expectations”; CHALMERS-HADJIEMMANUIL-MONTI-TOMKINS, *European Union Law*, Cambridge, 2006, 455: “A further manifestation of the principle of legal certainty is the doctrine of legitimate expectation”; HARTLEY, *The foundations of European Community law*, 6th ed., Oxford, 2007, 146 ss., 149, che mette in luce la duplice natura di regola interpretativa e di motivo di annullamento degli atti comunitari che lo violino, propria del principio di legittimo affidamento. Per una più ampia illustrazione, v. TRIDIMAS, *Legal Certainty and Protection of Legitimate Expectations*, in ID., *The General Principles of EC Law*, cit., 242 ss., che individua nei seguenti i corollari del principio di certezza del diritto comunitario: (1) *clarity of Community measures*; (2) *full enforcement of Community law*; (3) *unity and coherence of the Community legal order*, profilo che si traduce nel divieto per il giudice nazionale di disapplicare un atto comunitario reputato illegittimo (v. C. giust., sent. 22 ottobre 1987, in causa C-314/85, *Foto Frost*); (4) *Protection of Member States* (“a Member State has a legitimate expectation that expenditure will be charged to Community funds if it has been incurred as a result of an erroneous interpretation of Community law attributable to a Community institution”); (5) *Procedural exclusivity*: rilevano a questo riguardo tutte le norme sostanziali e processuali che associano prescrizioni e decadenze a carico dei titolari di posizioni giuridiche di vantaggio per effetto dell’inerzia del titolare o del mancato rispetto dei termini. Nella giurisprudenza comunitaria, *ex plurimis*, v.: C. giust., sent., 13 dicembre 1967, in causa C-17/67, *Neumann*; 21 giugno 1988, in causa C-257/86, *Commissione c. Italia*; 26 febbraio 1991, in causa C-159/89, *Commissione c. Grecia*; 16 giugno 1993, in causa C-325/91, *Francia c. Commissione*; 16 maggio 1979, in causa C-74/78, *Tomadini*; 27 aprile 1978, in causa C-90/77, *Stimming*; 30 novembre 1983, in causa C-235/82, *Ferriere San Carlo*; 26 aprile 1988, in causa C-316/86, *Krucken*; 19 maggio 1983, in causa C-289/91, *Mavridis*; 24 novembre 1987, in causa C-223/85, *RSV*; 12 novembre 1981, in causa C-212-217/80, *Salumi*; 8 aprile 1976, in causa C-43/75, *Defrenne c. Sabena*; 14 luglio 1983, in causa C-224/82, *Decker*; 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kühne & Heitz*; 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Kempter*.

¹⁵² C. giust., sent. 6 aprile 1962, in causa C-13/61. Nel caso di specie la Corte d’appello dell’Aja aveva rimesso alla Corte di giustizia una questione relativa al regime di validità di taluni accordi tra imprese stipulati anteriormente all’entrata in vigore del Regolamento n. 17/1962, che prevedeva che indiscriminatamente che tutti gli accordi, in difetto di notificazione alla Commissione (ciò che avrebbe consentito agli accordi di godere di un regime di validità provvisoria), avrebbero dovuto considerarsi nulli *ex tunc*. La Corte di giustizia, rilevata “l’assurda conseguenza”, in contrasto con il principio della certezza giuridica, che sarebbe derivata dall’affermare la retroattività del nuovo regime di nullità degli accordi non notificati, estendendolo anche ai contratti stipulati anteriormente all’entrata in vigore del regolamento, ribadiva che detti accordi preesistenti non avrebbero dovuto essere notificati alla Commissione onde essere esentati dal divieto dell’art. 85 Tr. CE, ferma la rilevabilità della loro contrarietà al Trattato da parte della Commissione per il tempo successivo all’entrata in vigore del Reg. 17/1962.

¹⁵³ C. giust., sent. 30 aprile 1986, in causa C-209-213/84. Nel corso di un procedimento penale a carico di alcune compagnie aeree, imputate di aver praticato tariffe per la vendita di biglietti aerei senza averle prima sottoposte all’omologazione del Ministero competente, in conformità alle previsioni del codice per l’aviazione civile francese, il *Tribunal de police* di Parigi rimetteva alla Corte di giustizia la

tenere ben presenti le considerazioni che precedono, da cui emerge altresì che il principio della certezza del diritto opera, in chiave di tutela dell'affidamento del singolo, quale evidente contemperamento del principio di effettività del diritto comunitario (leggi: dell'indole "espansiva" propria di tale diritto, che gli consente di valicare ogni ostacolo frapposto dal diritto nazionale, salvo appunto il caso in cui ciò risponda ad una obiettiva esigenza iscritta nelle trame di ogni ordinamento giuridico), ed esaminare ora più da vicino la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di coordinamento tra

questione relativa alla compatibilità del sistema di omologazione delle tariffe previsto da detto codice con il divieto di accordi tra imprese volti a fissare i prezzi di vendita o pratiche equivalenti sancito dall'art. 85, n. 1, Tr. CE. In particolare, si poneva il problema di sapere se il giudice nazionale avrebbe avuto il potere di constatare "di sua iniziativa" l'incompatibilità della concertazione tariffaria con l'art. 85, n. 1 e di dichiararne indi la nullità assoluta, pur in assenza di una previa decisione della Commissione o delle autorità nazionali della concorrenza volta a negare la sussistenza di condizioni idonee a consentire l'adozione di un provvedimento di esenzione. Ciò che veniva negato sulla base del fatto che sarebbe stato contrario alla certezza del diritto "sanzionare con un divieto e una nullità ipso iure taluni accordi, prima ancora che sia stato possibile constatare se nei loro confronti si applichi l'art. 85 nel suo insieme".

¹⁵⁴ C. giust., sent. 11 luglio 1994, in causa C-368/89. Nel caso di specie, un produttore di tabacco in foglia era stato convenuto dal consorzio dei produttori di tabacco per la restituzione delle somme che lo stesso consorzio aveva corrisposto al primo come contropartita per il quantitativo di tabacco consegnato. Il consorzio asseriva infatti che un nuovo regolamento comunitario che aveva fissato i prezzi d'obiettivo aveva stabilito nell'1% il limite massimo del rimborso (in luogo del 5% riferito all'anno precedente). Sennonché, come rilevò anche la Corte di giustizia, tale regolamento era entrato in vigore a stagione inoltrata, allorché l'estensione delle superfici da coltivare era già stata determinata ed il raccolto era già cominciato. La Corte poté così ribadire che "il principio della certezza delle situazioni giuridiche osta a che l'efficacia nel tempo di un atto comunitario decorra da una data anteriore alla sua pubblicazione; una deroga è possibile in via eccezionale, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato", e che pertanto il suddetto regolamento aveva leso il legittimo affidamento del produttore.

¹⁵⁵ C. giust., sent. 9 marzo 1994, in causa C-188/92, in *Foro it.*, 1995, IV, 113, nt. DANIELE; in *Giust. civ.*, 1995, I, 629, nt. BARATTA. La Commissione aveva notificato alla Repubblica federale tedesca e alla TWD una decisione in cui constatava che taluni aiuti concessi alla suddetta impresa dovevano ritenersi illegittimi poiché lo Stato erogatore non aveva previamente sottoposto il progetto di aiuto alla Commissione. Entrambi i destinatari della decisione lasciavano inutilmente decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto comunitario, che diveniva definitivo. Allorché lo Stato tedesco intimava alla TWD la restituzione delle somme da essa percepite, quest'ultima, nel giudizio di impugnazione avverso l'atto di recupero assunto dalla p.a., eccepiva la illegittimità della decisione della Commissione. La Corte ha ribadito che, laddove "i termini di ricorso sono intesi a preservare la certezza del diritto, evitando che atti comunitari produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito", le stesse esigenze di certezza del diritto "inducono ad escludere che il beneficiario di un aiuto oggetto di una decisione della Commissione ... che avrebbe potuto impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine imperativo all'uopo prescritto ... possa contestare la legittimità della medesima dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di questa decisione".

processo civile nazionale e procedimenti *antitrust* avanti la Commissione, che l'art. 16, Reg. 1/2003 ed il suo preambolo si propongono di codificare.

Iniziamo così dal caso *Delimitis* (1991)¹⁵⁶, che vedeva contrapposti, come nel caso *De Haecht* (1967), un produttore di birra tedesco e l'affittuario di un locale di proprietà del primo, il quale lamentava l'incompatibilità del contratto di affitto con il diritto comunitario della concorrenza, in ragione dell'accessorio obbligo di acquisto di un quantitativo minimo di birra dal produttore-affittante. A dispetto della rassomiglianza in fatto con il precedente *De Haecht*, giova segnalare, il caso *Delimitis* presentava però un notevole aspetto di novità (indebitamente trascurato dai commentatori di questa pronuncia), dato dall'evoluzione *medio tempore* fatta registrare dall'ordinamento comunitario della concorrenza e così pure dalla maggior dimestichezza acquisita dai giudici nazionali (perlomeno in alcuni Stati membri) con l'applicazione di tali regole. Il rimettente *OLG* di Francoforte sul Meno si domandava infatti se, nonostante il contratto in questione non presentasse tutti i requisiti per poter beneficiare di un'esenzione di categoria, stabilita in via generale da uno dei tanti regolamenti comunitari all'uopo emanati, una declaratoria giudiziale di validità del medesimo contratto sarebbe stata ugualmente possibile, tenuto conto che la divergenza del programma negoziale dai criteri fissati dal regolamento di categoria appariva tutto sommato trascurabile; oppure se invece, anche in tal caso, sarebbe stato necessario attendere una decisione di esenzione individuale *ex art. 85, n. 3, Tr. CE*, tornando così in gioco una competenza esclusiva della Commissione, e l'esercizio di un potere fondato su valutazioni *illo tempore* sottratte alla competenza delle autorità giurisdizionali nazionali.

La Corte di giustizia imboccava quest'ultima direzione, costellandola però di importanti precisazioni che la sola massima dell'arresto in commento, al pari di talune chiose non pienamente recettive di quegli indizi, è incapace di svelare. La competenza

¹⁵⁶ C. giust., sent. 28 febbraio 1991, in causa C-234/89, *Stergios Delimits c. Henninger Bräu AG*, in *Foro it.*, 1993, IV, 29, nt. MEROLA. Potrà risultare di qualche rilievo che il collegio fosse in quel caso composto dai processualisti G.F. Mancini ed F.A. Schockweiler (non così nel caso *Masterfoods*). Le conclusioni erano dell'Avv. gen. Van Gerven.

esclusiva della Commissione che veniva primariamente in rilievo, anzitutto, non era già quella di concedere le esenzioni individuali ai sensi del terzo comma dell'art. 85, quanto piuttosto la competenza specificamente *normativa*. Una declaratoria di validità di un accordo tra imprese pronunciata dal giudice nazionale sulla base dell'accertata corrispondenza solo parziale tra il contenuto dell'accordo giudizialmente contestato ed i requisiti elencati dai regolamenti di esenzione, a giudizio della Corte, avrebbe comportato un'inaccettabile estensione del campo di applicazione dei regolamenti stessi, in grado di ripercuotersi negativamente “*sul modo secondo il quale la Commissione ha esercitato il suo potere legislativo*” (punto 46). Era dunque questo il fulcro della motivazione, e tanto sarebbe stato sufficiente per rispondere in maniera esauriente al quesito pregiudiziale formulato dal remittente.

Senonché, come detto, la Corte coglieva al balzo l'opportunità per fornire alcune precisazioni ulteriori in punto di riparto di competenze tra Commissione e giudici nazionali e conseguenze sulla dinamica del processo civile. E proprio da queste ultime, avvertite considerazioni, sia pur nella ferma premessa della competenza esclusiva della Commissione in materia di esenzioni individuali, trapela il *favor* della Corte di Lussemburgo (nell'evidenziata composizione di allora, che si vuole ipotizzare più sensibile ed avveza alle problematiche processuali che il caso di specie agitava) per l'indipendenza del giudice nazionale e, al contempo, tutto lo sfavore per qualsivoglia condizionamento dell'attività giurisdizionale che non fosse apparso strettamente necessario in funzione della tutela dell'affidamento dei singoli.

Nell'impianto della sentenza *Delimits*, a ben vedere, il richiamo al principio della certezza del diritto, lungi dal venire ipostatizzato sotto forma di divieto di contraddizione dell'ordinamento comunitario, giocava un ruolo assai modesto (punto 47): e difatti, se pure è ribadito che i contrasti decisorii tra provvedimenti dei giudici nazionali e della Commissione sono per quanto possibile da evitare, e che il giudice nazionale deve astenersi dal pronunciare in merito alla validità di accordi i quali “*possono costituire ancora oggetto di decisione da parte della Commissione*”, subito la Corte si premurava di esplicitare le condizioni al ricorrere delle quali il giudice nazionale è invece libero di decidere sulla domanda, senza dovere accordare precedenza

alla Commissione. Laddove i contratti azionati siano visibilmente incompatibili con il diritto comunitario, e non si nutrano dubbi in ordine alla loro inidoneità a beneficiare di un'esenzione individuale, ecco infatti sovvenire la nitida e tecnicamente più rigorosa affermazione secondo cui *“il giudice nazionale può continuare il procedimento e statuire sul contratto dedotto in lite”* (punto 50).

Vi sono poi anche ulteriori indizi minori, che confortano nella convizione secondo cui la Corte era lungi dal concepire il giudice nazionale in posizione “subordinata” o anche solo di organo svolgente una funzione “complementare” rispetto a quella dell'esecutivo comunitario, come incautamente professa il settimo ‘considerando’ del Reg. 1/2003. Così è senz'altro a dirsi per quel che concerne il duplice richiamo alle *“modalità previste dal diritto processuale nazionale”*, che la Corte di giustizia ricordava dover essere rispettate financo quando il giudice nazionale avesse valutato di disporre la sospensione del processo onde attendere la definizione della pregiudiziale questione relativa all'applicabilità o meno dei divieti della concorrenza (tale essendo l'oggetto del giudizio di esenzione avanti la Commissione), ovvero di richiedere alla Commissione, con formale interpello, informazioni sullo stato del procedimento *“che detta istituzione avesse eventualmente iniziato e sulla probabilità che la stessa si pronunci ufficialmente sul contratto controverso in applicazione del regolamento n. 17”* (punto 53). Riaffioravano insomma qui, al di là dell'insistenza sull'autonomia procedurale degli Stati membri, tutte le appresioni della Corte di giustizia dovute ad un sistema in cui il ritardo accumulato dall'organo amministrativo avrebbe potuto effettivamente tradursi in una ipotesi di denegata giustizia per i singoli coinvolti nel processo civile. Infine, a riprova della rilevanza bidirezionale dei doveri di cooperazione tra gli organi chiamati a dare applicazione al diritto della concorrenza, può addursi il passaggio della motivazione in cui la Corte rammenta che la stessa Commissione, ove richiesta, *“è tenuta ad un obbligo di leale cooperazione con le autorità giudiziarie degli Stati membri”*, in forza del quale essa dovrà fornire al giudice nazionale tutti *“i dati economici e giuridici”* che appaiano rilevanti per la soluzione della controversia avanti a lui pendente (punto 53, cit.).

La sentenza *Delimitis* si profila dunque, tutto sommato, come un arresto ben equilibrato, in cui nessuno dei principi generali (certezza del diritto; leale collaborazione; primato del diritto comunitario) più o meno espressamente evocati dalla Corte predomina su quello della tutela giurisdizionale effettiva del singolo. Minima, del resto, risulta pure l'incidenza del principio di leale collaborazione sancito dall'art. 5 Tr. CE (attuale art. 4, co. III, TfUE)¹⁵⁷: la Corte vi fonda unicamente la possibilità – se e quando consentito dalla *lex fori* – di una circolazione degli elementi istruttori dalla sede amministrativa alla sede processuale, ma ciò non pare assumere valore probante onde potervi argomentare il dovere, per il giudice nazionale, di non contraddire alle decisioni della Commissione, perlomeno a tenere disgiunta tale conclusione dalla circostanza che l'esecutivo comunitario godeva nel precedente sistema di una competenza esclusiva a tale riguardo¹⁵⁸.

¹⁵⁷ In dottrina, del resto, è da sempre alquanto discusso se l'art. 5, Tr. CE sia davvero idoneo a concretare una figura di obbligo autonomo per gli Stati membri, distinto dalle “precauzioni che il Trattato adotta per assicurare il funzionamento degli organi” comunitari, mentre si propone di ricavarne un criterio interpretativo “particolarmente esteso” e dotato della funzione importantissima di chiarire “il senso precettivo non solo delle indicazioni fornite in singole disposizioni, ma altresì di quelle contenute nel Preambolo e ricavabili dal senso della decisione politica che anima l'istituzione come realtà essenzialmente dinamica il cui svolgimento e sviluppo va ben oltre il giuoco delle tappe quale espresso nell'art. 8”: così, QUADRI, *Commento* sub art. 5, Tr. CEE, in QUADRI-MONACO-TRABUCCHI (dir. da), *Commentario al Tr. CEE*, vol. I, Milano, 1965, 51-56. Cfr. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 115-116, secondo cui l'art. 4, co. III, TfUE conterrebbe “un'affermazione di principio molto ampia, nel senso che il contenuto dell'obbligo di cooperazione dipende dalle disposizioni materiali del Trattato che di volta in volta vengono in rilievo, con riferimento anche alla struttura complessiva del sistema”.

¹⁵⁸ Cfr. NEGRI, *op. cit.*, 69, secondo cui il coordinamento decisorio tra Commissione e giudici nazionali si giustificerebbe “essenzialmente in base a considerazioni attinenti lo speciale ordinamento comunitario, e prive di corrispondenza sul piano meramente interno, quali il principio di supremazia del diritto comunitario e di leale collaborazione ai sensi dell'art. 10 (*ex art. 5*) Trattato CE”. L'A. formula però tali considerazioni con riguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia nel suo complesso, e soprattutto per farne discendere la differenza tra il sistema di coordinamento comunitario e quello nazionale, che guarda ai rapporti tra processo ordinario e procedimento amministrativo avanti l'AGCM. Assai rilevante appare invece l'osservazione, dalla medesima A. formulata ivi in nt. 8, secondo cui nella successiva sentenza *Masterfoods* (su cui v. subito *infra* nel testo) la Corte avrebbe addirittura abbandonato l'argomento del vincolo del giudice civile alle decisioni della Commissione in materia *antitrust* precedentemente fondato sul principio della certezza del diritto. È peraltro da ritenere che anche quest'ultimo rilievo possa addursi ad indice dell'assenza di ragioni eminentemente tecniche, dal punto di vista del diritto processuale, per assoggettare il giudice nazionale al rispetto delle decisioni della Commissione. E difatti, caduto il riferimento al principio della certezza del diritto (anche ammesso – ma non concesso – che esso, nella sentenza *Delimitis*, fosse stato declinato puramente e semplicemente in

3. (segue). In particolare, ciò non consegue al “divieto” per il giudice nazionale di assumere decisioni “in contrasto” con quelle adottate dalla Commissione, la cui genesi nell’*arrêt Masterfoods*, codificato nell’art. 16, Reg. 1/2003, è da riferire al caso-limite di conflitti pratici tra effetti della decisione della Commissione ed effetti della sentenza.

L’accento sul dovere di leale collaborazione tra giudici nazionali e Commissione sancito dall’art. 5 Tr. CE (art. 4, co. III, TfUE) è stato invece posto dalla Corte di giustizia nella successiva sentenza *Masterfoods* (2000)¹⁵⁹, cui si addita in dottrina come all’arresto che avrebbe attentato alla separazione dei poteri sancendo formalmente il vincolo del giudice civile agli atti di un’autorità amministrativa¹⁶⁰. L’analisi della *ratio decidendi* non può (di regola, e vieppiù nel caso di specie) prescindere da un’accurata ricostruzione dei fatti di causa: all’inizio degli anni ’90 sorgeva un contenzioso tra il maggior produttore di gelati irlandese, la HB Ice Cream, e la Masterfoods, società facente capo ad un gruppo statunitense, che proprio in quegli anni faceva l’ingresso nel

chiave di armonia decisoria) le ragioni sarebbero da ricercare altrove e si sposterebbero su di un altro piano.

¹⁵⁹ C. giust., sent. 14 dicembre 2000, in causa C-344/98, *Masterfoods Ltd. c. HB Ice Cream Ltd.*, in *Foro it.*, 2001, IV, 209 ss., nt. MIRANDA-RITTER, *Concorrenza, autorità comunitarie, giudici nazionali*; in *Int’l lis*, 2002, 60 ss., nt. CIAMPANI, *Parallel proceedings tra organi comunitari ed autorità giurisdizionali interne: il ruolo della sospensione per pregiudizialità*; in CMLR, 2002, 175 ss., nt. KJOLBYE; in *Eur. Law Rev.*, 2001, 301 ss., nt. O’KEEFE, *First among equals: the Commission and the national courts as enforcers of EC competition law*; in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2001, 281 ss., nt. PREECE.

¹⁶⁰ Così GUERRI, *La questione dell’applicazione uniforme: l’articolo 16 del Regolamento 1/2003*, in ID., *L’applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005, 101 ss., 103. La stessa A. soggiunge tuttavia che l’indipendenza del giudice non risulterebbe compromessa nel caso in cui l’autorità amministrativa sia demandata per legge ad assumere “una decisione che possa avere natura costitutiva”. Sarebbe questo il caso delle decisioni di esenzione che la Commissione era esclusivamente competente ad adottare nel vigore del Reg. 17/1962. Cfr. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 225 ss., 234, per il quale “naturalmente il problema più acuto non è tanto quello del vincolo ai provvedimenti della Commissione propriamente costitutivi (quali erano certamente, fino al loro superamento definitivo per effetto del passaggio al sistema della c.d. “eccezione legale”, le autorizzazioni in deroga di cui al previgente art. 81.3), che va ovviamente ammesso, e della incidenza “modificatrice” sulla situazione oggetto di giudizio di provvedimenti successivi e/o prima di esso non considerabili, quanto è spinoso il problema di consentire o non che la Commissione possa accertare le violazioni e così compiere un’opera di tipo oggettivamente aggiudicatorio, in una parola *semi-judicial*, tale da vincolare ogni successivo organo chiamato a compiere accertamenti sullo stesso oggetto o su oggetti connessi”. Proprio quest’ultima, invece, è la convinzione diffusa nella dottrina maggioritaria, che si vuole tentare di confutare.

mercato irlandese. La Masterfoods aveva infatti convenuto la HB avanti alla High Court irlandese per sentire dichiarare la nullità della clausola di esclusiva inserita nei contratti stipulati tra la medesima HB ed i suoi rivenditori, onde questi ultimi si obbligavano a conservare nei frigocongelatori ricevuti in comodato dalla HB esclusivamente i prodotti di quest'ultima. Il giudice adito, tuttavia, in accoglimento della domanda riconvenzionale formulata dalla HB, spiccava un'inibitoria definitiva con la quale, riconosciuta la liceità di tali clausole, vietava alla Masterfoods di indurre i rivenditori a conservare nei congelatori prodotti diversi da quelli forniti dalla comodante HB, e così a rendersi inadempienti rispetto alle clausole di esclusiva da essi pattuite. Vistasi soccombente in quella sede, la Masterfoods impugnava il provvedimento di prime cure avanti alla Supreme Court irlandese e, parallelamente, denunciava una violazione degli artt. 81 e 82 del Trattato alla Commissione. Nelle more del gravame avanti al giudice irlandese, la Commissione, respinta una prima richiesta di esenzione presentata dalla HB, intimava a detta società di *porre fine alle infrazioni perpetrate e di comunicare ai rivenditori, con i quali aveva stipulato accordi per la fornitura, il testo completo della decisione, informandoli che la clausola d'esclusiva inserita nei contratti di fornitura avrebbe dovuto considerarsi nulla* (punto 15). La decisione della Commissione veniva indi impugnata dalla HB innanzi al Tribunale di primo grado, che ne disponeva provvisoriamente la sospensione dell'efficacia. La Supreme Court irlandese, dal canto suo, a fronte del rilevato contrasto tra il provvedimento inibitorio emesso dalla High Court in primo grado, di cui la HB chiedeva ovviamente la conferma, e la decisione della Commissione, impugnata dalla medesima HB, sottoponeva alla Corte di giustizia alcuni quesiti pregiudiziali, tra cui quello "se l'obbligo di leale collaborazione, così come interpretato dalla Corte di giustizia, imponga alla Supreme Court di sospendere il procedimento fino alla pronuncia del Tribunale di primo grado sul ricorso dinanzi ad esso proposto contro la citata decisione della Commissione, e fino alla pronuncia della

Corte di giustizia sull'eventuale ricorso contro la pronuncia del Tribunale di primo grado¹⁶¹.

Tre appaiono gli aspetti della vicenda meritevoli di nota prima di accingersi all'esame delle variegate argomentazioni presentate dall'Avv. gen. Cosmas e dagli Stati membri intervenuti nel vivace contraddittorio avanti alla Corte di Lussemburgo, che ha preceduto l'adozione della pronuncia *Masterfoods*.

In primo luogo, a differenza dei precedenti *De Haecht*, *BRT* e *Delimitis* il giudice nazionale si trovava per la prima volta a dover decidere su di una controversia dopo che la Commissione si era già pronunciata al riguardo. In secondo luogo, la decisione assunta dalla Commissione non sottendeva l'esercizio di una competenza comunitaria esclusiva: la Commissione, lungi dall'aver esentato dai divieti le clausole giudizialmente contestate, ne aveva infatti accertato l'illegittimità, ed aveva ingiunto all'impresa responsabile di comunicare ai propri contraenti la nullità di quelle e di astenersi dal reitarle nei futuri contratti. Infine, dal momento che il giudice nazionale di primo grado aveva precedentemente emesso un'ordinanza inibitoria di contenuto opposto rispetto a quello della decisione della Commissione, qualora la Supreme Court

¹⁶¹ In via gradata, per il caso di soluzione negativa alla prima questione, il giudice irlandese aveva chiesto altresì alla Corte "se una decisione della Commissione, che riguardi un soggetto privato (e che costituisca oggetto di un ricorso di annullamento e di un'istanza di sospensione proposti dal medesimo), che dichiari che il contratto di fornitura di congelatori stipulato dal suddetto è in contrasto con gli artt. 85, n. 1, e/o 86 del Trattato CE *impedisca a tale soggetto di chiedere la conferma di una sentenza in senso contrario, pronunciata in suo favore da un giudice nazionale* su questioni identiche o analoghe in relazione agli artt. 85 e 86 del Trattato, quando la detta sentenza sia oggetto di impugnazione dinanzi all'organo giurisdizionale di ultimo grado". Nel caso di specie, la Corte riteneva di non dovere affrontare tale questione. Può osservarsi, nondimeno, come lungi dal risultare condizionata dalla soluzione al primo quesito, che atteneva all'obbligo di sospensione del processo civile in pendenza del giudizio comunitario di impugnazione avverso una decisione della Commissione, l'oggetto del secondo quesito pregiudiziale ne prescindesse del tutto. E difatti, non essendo in discussione che il destinatario della decisione della Commissione abbia il diritto di impugnarla avanti ai giudici comunitari, il quesito in discorso aveva ad oggetto proprio e solo il diritto di azione e di difesa dell'impresa destinataria della decisione avanti al giudice nazionale, il cui esercizio – così pare doversi interpretare il quesito del remittente –, ove si fosse ad esempio tradotto nella richiesta di confermare la decisione di primo grado pronunciata in senso favorevole al ricorrente, avrebbe potuto risultare financo "*impedito*". A ben vedere, detta questione si sarebbe dovuta porre addirittura come preliminare superando l'ordine dei quesiti impartito dal rimettente, attinente com'era alle condizioni di esercizio dell'azione. Stupisce, in definitiva, che né la Corte, né l'Avv. gen. Cosmas, nelle sue pur elaborate conclusioni, non abbiano sentito il bisogno di soffermarvisi.

remittente avesse confermato in ultimo grado il provvedimento della High Court, disattendendo la decisione della Commissione, essa avrebbe dato luogo ad un contrasto pratico insanabile (salvo l'annullamento della decisione della Commissione) tra gli effetti dei due provvedimenti. Per quanto insolito ciò possa sembrare, nessuno di tali due ultimi, non meno evidenti aspetti della fattispecie risulta adeguatamente valorizzato da molti annotatori di questa sentenza¹⁶².

Da siffatta prospettiva, del contrasto eminentemente pratico (da evitare) tra gli effetti dei due provvedimenti amministrativo e giudiziale, prendeva invece chiaramente le mosse l'Avv. gen. Cosmas, le cui conclusioni esordivano osservando che: “*se la constatazione dell'invalidità dell'ordinanza di primo grado e l'annullamento della contestata ingiunzione definitiva adottata in favore della HB hanno come conseguenza di porre fine al procedimento nella causa principale, ritengo che il giudice del rinvio*

¹⁶² Non così Negri e Komninos, sulle cui rispettive posizioni in merito al conflitto sopravvenuto tra giudicato civile e decisione della Commissione v. comunque *infra, sub* § VII. Il problema delle ragioni per cui la sospensione del processo civile in attesa della definizione del giudizio di impugnazione della decisione della Commissione avanti al Giudice comunitario si imporrebbe al giudice nazionale è solo apparentemente risolto da CIAMPANI, *op. cit.*, 62-63, il quale parla di rapporto di pregiudizialità amministrativa in senso tecnico dal momento che il giudizio comunitario avrebbe ad oggetto “la validità di una pronuncia della Commissione, la cui efficacia era inevitabilmente destinata a ripercuotersi sul giudizio nazionale, atteso il principio – precisato nella medesima sentenza – di obbligatorio rispetto della decisione dell'esecutivo comunitario, in assenza di sua caducazione ad opera degli organi giurisdizionali della stessa Comunità”. Si limitano a rilevare l'ambiguità della previsione di un dovere di evitare di assumere decisioni in senso contrario NAZZINI, *Parallel and Sequential Proceedings in Competition Law: An Essay on the Modes of Interaction between Community and National Law*, in *Eur. Business Law Rev.*, 2005, 245 ss. (ove l'interessante prospettiva secondo cui “Article 16(1) of Regulation 1/2003 mentions only one of the powers that can be exercised to [avoid decisions that may be inconsistent with a decision of the Commission], namely, the power to stay proceedings. But the courts are not prevented from having resort to any other means provided for by Community or national law that allow them to achieve the same objective without staying proceedings”) e NAZZINI-ANDENAS, *Awarding Damages for Breach of Competition Law in English Courts – Crehan in the Court of Appeal*, *ivi*, 2006, 1191 ss., spec. 1200-1201. Per una più accurata ricostruzione, v. KOMNINOS, *Effect of Commission decisions on private antitrust litigation: setting the story straight*, in *CMLR*, 2007, 1387 ss., 1440, il quale richiama il punto 16 delle conclusioni dell'Avv. gen. Cosmas, ove quest'ultimo rilevava che il rischio di contraddizione fra decisioni della Commissione e giudicati nazionali “esiste soltanto nell'ipotesi in cui il giudicato che emerge o emergerà dalla decisione del giudice nazionale sia contrario alla motivazione ovvero al dispositivo della decisione della Commissione”. Al successivo punto 27, peraltro, l'Avv. gen. fa mostra di ritenere che il solo rischio concretamente rilevante sia quello del contrasto pratico tra decisioni, laddove afferma: “gli effetti giuridici dell'ordinanza pronunciata in primo grado dal giudice irlandese, nei limiti in cui continuano a sussistere successivamente all'entrata in vigore della decisione della Commissione, sono direttamente incompatibili con quest'ultima”.

possa senza dubbio terminare il suo sindacato giurisdizionale senza dover conoscere in merito alla validità della decisione [della Commissione] e senza esporsi al rischio di una pronuncia incompatibile con la decisione della Commissione” (punto 30, concl.). Di contro, proseguiva l’Avv. gen., qualora la Supreme Court si fosse persuasa dell’esistenza dei vizi della decisione inibitoria di primo grado censurati dal ricorrente e fosse dovuta scendere ad nuovo esame del merito della controversia in fase rescissoria, si sarebbe profilato un concreto rischio di “*pregiudizio diretto alla validità della decisione della Commissione, nonché una violazione degli obblighi che l’art. 5 del Trattato impone allo Stato membro interessato*” (punto 32, concl.).

Si tratta di affermazioni assai rivelatrici, a dispetto del loro tenore atecnico talvolta, del fatto che la soluzione caldeggiata dall’Avv. gen. (vedremo poi in quale misura recepita dalla Corte) non era dettata già dalla volontà di perseguire, in via generale, l’uniformità applicativa del diritto sostanziale, né l’armonia decisoria in ragione di una presunta influenza del contenuto accertativo dell’atto della Commissione rispetto alla fattispecie civilistica oggetto del giudizio nazionale. Chiaro era invece l’intento di salvaguardare l’effettività dell’atto comunitario individuale nella sua componente squisitamente *imperativa*, ed ancorché non si trattasse, a stretto rigore, di una decisione assunta dalla Commissione nell’ambito della propria competenza esclusiva, implicante l’esercizio di una autentica discrezionalità (fattispecie di esenzione dai divieti)¹⁶³; sebbene anche quest’ultima considerazione debba avanzarsi con estrema

¹⁶³ L’ipotesi di contrasto pratico tra gli effetti dei provvedimenti amministrativi e giudiziari in materia *antitrust* (forse a motivo del fatto che la l. 287/1990 non contempla espressamente all’art. 33, accanto alla declaratoria di nullità ed al risarcimento del danno, il rimedio inibitorio, la cui ammissibilità generale, invocata da RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, 185 ss., ha incontrato le resistenze della dottrina maggioritaria: PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998, 115 ss.; ZUCCOLINI, *L’azione inibitoria come strumento di tutela degli interessi diffusi*, in *Giur. merito*, 1983, 1057 ss.; GRASSO, *Una tutela giurisdizionale per l’ambiente*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 525 ss.; FERRI, *L’azione inibitoria prevista dall’art. 1469-sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 938) sembrava relegata ai margini o comunque giudicata irrilevante dalla dottrina anteriore alla pronuncia *Masterfoods*: v. Toffoletto, *Il risarcimento del danno*, cit., 37-38, secondo il quale “è assolutamente certo che [la pendenza del procedimento amministrativo avanti alla Commissione] non ha, per il giudice ordinario, alcuna portata vincolante. Sarà pertanto ben possibile, anche se forse improbabile, che si verifichino situazioni di contrasto fra le decisioni della Commissione e le sentenze dell’A.G.O., ma mi sembra che la circostanza sia inevitabile e, tutto sommato, irrilevante, considerato che

cautela, atteso che lo strumento inibitorio, di cui la Commissione si serve generalmente per rimuovere o prevenire le conseguenze negative sul mercato di atti o pratiche anticoncorrenziali, godendo della massima discrezionalità nel modulare gli obblighi di condotta volta in volta imposti alle imprese, altrettanto facilmente si presta a divenire lo strumento per perseguire politiche di genuino orientamento della concorrenza¹⁶⁴. Ad ogni buon conto, giova ripetere, era estraneo a tali conclusioni l'intento di riconoscere alle decisioni individuali dell'esecutivo comunitario un'effetto vincolante nel processo civile, quanto agli accertamenti di fatto e alle valutazioni giuridiche compiuti dalla Commissione¹⁶⁵.

Potrebbe semmai destare dubbi ed apparire non del tutto collimante con quanto rilevato poc'anzi, circa l'assenza di allusioni ad un ipotetico rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra l'oggetto del giudizio di impugnazione della decisione della

i provvedimenti giurisdizionali e quelli amministrativi sono, probabilmente, destinati ad operare su piani diversi" (l'A., *ivi*, alla nt. 71, precisa inoltre che: "i primi, resi in una controversia fra privati, sono destinati a fare stato fra le parti, mentre i secondi, resi nei confronti del solo presunto autore dell'illecito, riguardano soltanto il suo rapporto con la P.A."); nello stesso senso, v. però recentemente anche GIORGETTI, *Processi sugli illeciti della concorrenza e autorità garanti*, in *Scritti in onore di Tarzia*, Milano, 2005, t. III, 2323 ss., 2358: "La completa autonomia che esiste tra procedimento amministrativo ed azione giudiziaria fa ritenere che in nessun caso, né, dunque, se il procedimento amministrativo non sia ancora iniziato, né sia in corso, né se esso si sia concluso o meno con l'accertamento della violazione, il giudice sia tenuto a sospendere o a tener conto, se non ad eventuali fini probatori, dell'accertamento operato dall'Autorità. Il giudice civile può disattendere le conclusioni dell'Autorità e ravvisare una violazione della legge, là dove essa la escluse o non la perseguì, o non ravvisarla e respingere, quindi, la domanda di nullità o di risarcimento, là dove quella stessa Autorità aveva ritenuto il contrario". Del resto, se si tenga presente che ricadono nell'ipotesi del contrasto teorico e possono dunque ben coesistere due pronunce l'una che neghi la validità del contratto, l'altra che condanni all'adempimento (v. LUISO, *Dir. proc. civ.*, I, *Principi generali*, 5° ed., Milano, 2009, 192), anche gli esempi di conflitto fra decisioni amministrative e giurisdizionali formulati da NEGRI, *op. cit.*, 96, non sembrano più di tanto in grado di rispecchiare appieno la situazione che si era presentata nel caso *Masterfoods*, in cui la Corte, ripetesì, era chiamata a fronteggiare un conflitto tra due provvedimenti inibitori.

¹⁶⁴ V. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, cit., 490 ss..

¹⁶⁵ Per una chiara percezione di ciò, v. ADINOLFI, *Commento* sub art. 16, Reg. 1/2003, in ADINOLFI-DANIELE-NASCIMBENE-AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, 198, la quale (sulle orme di CANNIZZARO-BOZZA, *Le politiche di concorrenza*, in STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2006, 329) rileva che il vincolo del giudice nazionale alle decisioni della Commissione, codificato nell'art. 16, Reg. 1/2003, avrebbe la propria ragion d'essere nell'esigenza di non vanificare, attraverso l'adozione di pronunce nazionali contrastanti con gli atti individuali dell'esecutivo comunitario, "il carattere vincolante che la decisione ha per i suoi destinatari".

Commissione avanti ai giudici comunitari e quello del processo civile *a quo*, il rilievo compiuto poco oltre dall'Avv. gen. secondo cui, nelle peculiari circostanze del caso di specie (presenza di due ordini inibitori confliggenti), il remittente non sarebbe stato in grado “*di statuire definitivamente nella causa principale se non conosce in quale misura la decisione [della Commissione] sia o meno valida, questione che non è competente a decidere*”. Invero, una siffatta affermazione sembrerebbe postulare che la questione della validità delle decisioni della Commissione, funzionalmente sottratta alle giurisdizioni nazionali e devoluta alla competenza esclusiva dei giudici comunitari, assurga ad antecedente logico necessario per la decisione della controversia civile vertente sulla nullità di certune clausole contrattuali. Talché, se astratta dal contesto che la circonda, essa lascerebbe facilmente argomentare nel senso esattamente opposto a quello che si è invece veduto esser lecito desumere dal complessivo tenore delle argomentazioni svolte dall'Avv. gen., che sono lungi dal riconoscere una generalizzata efficacia “irradiante” delle decisioni della Commissione sull'oggetto delle cause civili in materia concorrenziale¹⁶⁶. A fugare ogni sospetto in ordine alla irriducibilità della

¹⁶⁶ Questo infatti, dell'influenza diretta degli effetti di un atto amministrativo in ordine all'oggetto sostanziale dedotto in lite, in ragione dell'appartenenza dell'atto agli elementi della fattispecie costitutiva del diritto soggettivo o del rapporto giuridico azionato, il criterio impiegato dalla nostra dottrina per individuare le ipotesi in cui, apparendo recessivo il potere di disapplicazione incidentale (a pena di esautorare l'atto della p.a. di ogni valenza precettiva), si rende necessaria la sospensione del processo civile in attesa che il g.a. si pronunci sulla legittimità dell'atto amministrativo impugnato. V. CASSARINO, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 864 ss., 871; F. SATTA, *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, *ivi*, 1965, 567 ss., 589; MENCHINI, voce *Sospensione processo cognitivo*, in *Enc. dir.*, 1990, Milano, 36 ss., spec. 42, note 215 e 216, che adduce l'esempio di una controversia contrattuale pendente avanti al giudice civile in cui la p.a., convenuta in adempimento dal contraente privato, domandi in via riconvenzionale l'annullamento del contratto per difetto di capacità, opponendo altresì di aver proceduto all'autoannullamento della delibera di contrarre (il giudice ordinario, in tal caso, dovendo conoscere in principalità della legittimità dell'atto di annullamento in autotutela, e palesandosi tale atto tra i fatti costitutivi del diritto della p.a. a provocare l'annullamento del contratto, non potrebbe disapplicare incidentalmente l'atto amministrativo ove ne rilevasse l'illegittimità e sarebbe obbligato a sospendere il processo nel caso in cui l'atto fosse impugnato); NEGRI, *op. cit.*, 224 ss., che traspone tale criterio nella materia della concorrenza, ritenendolo applicabile con riguardo alle autorizzazioni in deroga assunte dall'Agcm in base all'art. 4, l. 287/1990 (la cui legittimità non potrebbe dunque essere sindacata incidentalmente, onde addivenire alla loro eventuale disapplicazione, da parte del giudice civile), non senza evidenziare come tale conclusione potrebbe subire almeno una rilevante eccezione nel caso in cui il processo civile veda contrapposte una o più imprese partecipanti ad una intesa costitutivamente esentata dai divieti *antitrust* ed un terzo, che si assuma danneggiato dagli effetti dell'intesa sul mercato. “La

fattispecie processuale entro lo schema della pregiudizialità amministrativa, del resto, cospira il passaggio in cui l'Avv. gen. rileva che il giudice remittente non avrebbe dovuto “*necessariamente conformarsi sin d'ora alla decisione della Commissione, dal momento che ne è stata sospesa l'esecuzione*” (punto 32, nt. 23, concl.). Se davvero fosse corso un rapporto di pregiudizialità tra i giudizi nazionale e comunitario, infatti, avrebbe inciso ben poco l'essersi, da parte del giudice della causa pregiudicante, cautelarmente sospesa l'efficacia dell'atto comunitario, sospettato bensì di illegittimità ma comunque influente sulla causa pregiudicata, ed insindacabile, neppure incidentalmente, da parte del giudice nazionale.

Di ancor maggiore portata chiarificatrice nelle mentovate conclusioni si palesa però il passaggio in cui l'Avv. gen. constatava non essere sufficiente “*perché il giudice nazionale sia soggetto ad un obbligo generale di sospensione del giudizio nella causa principale*” la pendenza di un giudizio impugnatorio avanti al Tribunale di primo grado deducendo i vizi della decisione della Commissione. Neppure “*il principio della cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione, che trova la sua origine all'art. 5 [sic] del Trattato*” avrebbe giustificato, di per sé, una sospensione del processo in attesa della definizione del giudizio di annullamento (punto 37, nt. 30, concl.). Veniva in tal modo destituita di fondamento la tesi su cui la Supreme Court remittente aveva ipotizzato, giusta la inequivoca prospettazione del suo quesito pregiudiziale, di poter fondare un eventuale provvedimento sospensivo del processo nazionale. Il fatto, però, di aver spostato il problema sul terreno della leale collaborazione tra gli organi degli Stati membri e le istituzioni comunitarie, individuando la possibile chiave di volta nella disposizione di chiaro afflato internazionalistico dell'art. 5 Trattato, denotava anch'esso a ben vedere la ritrosia del remittente a concepire una soluzione della questione che richiedesse di attingere agli istituti del diritto processuale interno, apparsi evidentemente incongrui. Una siffatta prospettiva – che avrebbe coinvolto il fenomeno preclusivo

dispensa dell'Autorità”, argomenta infatti l'A., “avrebbe per effetto unicamente la preclusione della potestà sanzionatoria amministrativa, a non trasformerebbe affatto, sul piano delle relazioni interprivate, una condotta intrinsecamente illecita in una pratica perfettamente lecita” (235).

dell'*issue estoppel* – era percepita come la più lontana fra le varie proponibili ed infatti relegata dal remittente in un quesito subordinato, rimasto poi assorbito nella pronuncia interpretativa della Corte di giustizia.

Simili nella sostanza, ma con diverse accentuazioni e stimoli *de iure condendo* (sullo sfondo del caso di specie la Commissione veniva stilando un Libro Bianco in vista dell'ammodernamento del Reg. 17/1962) erano pure le conclusioni rassegnate dai governi italiano e inglese, parimenti intervenuti nel contraddittorio avanti al Giudice comunitario. Dal governo italiano si sosteneva, in particolare, che l'obbligo di leale cooperazione "*imposto*" dall'art. 5 Tr. CE non avrebbe implicato alcun effetto privativo della competenza "*autonoma e specifica*" dei giudici nazionali. Il governo del Regno Unito riconosceva la sussistenza di un dovere comunitario, gravante sul giudice nazionale, di evitare ogni rischio – purché realmente (e sagacemente definito) "*significativo*" – di conflitto tra le proprie decisioni e quelle formalmente adottate dalla Commissione, e proponeva, là dove il giudice nazionale avesse incidentalmente rilevato un *error facti* nella decisione della Commissione, che lo stesso organo giudicante nazionale ne sollecitasse il riesame (in una sorta di autotutela, si sarebbe detto) da parte dell'istituzione comunitaria.

Ebbene, a dispetto della evidenziata centralità delle questioni agitate dal caso di specie, ben poco incline è apparsa la Corte di giustizia a formulare una risposta perspicua e sistematicamente orientata. Le premesse da cui, *more solito*, la Corte sceglieva di esordire nel suo percorso argomentativo già preludevano, per il vero, ad esiti men che convincenti: e difatti, avuto riguardo alla fattispecie concreta ed al tipo di decisione adottata dalla Commissione – un ordine inibitorio, volto a far desistere un'impresa dal perpetrare gli effetti di un accordo accertato in violazione del Trattato – il richiamo di principio alla competenza esclusiva della Commissione per l'adozione delle decisioni di esenzione ai sensi dell'art. 9, Reg. 17/1962 era ben poco conferente. Ciò detto, la *ratio decidendi* neppure si lascia riassumere semplicemente nell'argomento, presuntamente *a fortiori*, secondo cui, atteso che i giudici nazionali sarebbero tenuti ad evitare pronunce incompatibili con le decisioni di prevedibile adozione da parte della Commissione (sent. *Delimitis*, relativa alle decisioni di

esenzione), tale obbligo sarebbe tanto più “intenso” quando la Commissione si sia già pronunciata con propria decisione nel medesimo caso; conclusione che non sarebbe poi diversa se la decisione della Commissione fosse in contrasto con una previa decisione assunta dal giudice nazionale di primo grado (punto 52).

La Corte fonda infatti la propria tesi su un argomento concorrente, che rende ancor più incerto l’impianto motivatorio della sentenza. Poiché, si diceva, dall’ordinanza di rinvio della Supreme Court sarebbe emerso che “*il mantenimento dell’ingiunzione permanente emessa dalla High Court, che vieta alla Masterfoods di indurre i dettaglianti a conservare i suoi prodotti in frigoriferi di proprietà della HB dipende dalla validità della decisione [della Commissione]*”, la Corte ne desumeva che “*dall’obbligo di leale collaborazione deriva che il giudice di rinvio dovrebbe sospendere il procedimento fino alla pronuncia della sentenza definitiva sul ricorso di annullamento da parte dei giudici comunitari*” (punto 59).

Una motivazione, pare dunque di poter rilevare, tanto poco perspicua quanto inidonea a sorreggere la tesi, che pure è venuta affermandosi in dottrina, secondo cui le decisioni della Commissione *in subiecta materia* irradierebbero la loro efficacia autoritativa anche e specie sul piano dell’*accertamento del fatto*; e non soltanto, allora, nei confronti dei destinatari diretti delle medesime decisioni, come previsto in via generale dall’art. 288, co. IV, TfUE, ma direttamente nei confronti del giudice nazionale e così, in definitiva, *erga omnes*, atteso che l’organo giurisdizionale, chiamato a dirimere i conflitti intersoggettivi, non potrebbe prescindere dal contenuto di quelle.

4. *Critica della tesi che associa alle decisioni della Commissione l’efficacia positivo-conformativa del giudicato sostanziale. Limiti di ordine costituzionale che ne impediscono l’accoglimento.*

Si tratta dunque di provare a confutare questa corrente di pensiero, i cui contorni sono stati poc’anzi tratteggiati, e che chiameremo *tesi dell’efficacia positivo-conformativa delle decisioni della Commissione*, essendo l’efficacia di tali atti

paragonata, da coloro che siffatta tesi sostengono¹⁶⁷, a quella del giudicato nella sua accezione sostanziale¹⁶⁸. Cercheremo così, innanzitutto, di spiegare perché questa tesi

¹⁶⁷ È la tesi affacciata da LIBERTINI, *I procedimenti e i provvedimenti dell'autorità antitrust*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. III, Milano, 2007, 335 ss., 357-358; ID., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 649 ss.. Secondo l'A., atteso che l'art. 16, Reg. 1/2003 farebbe obbligo al giudice nazionale di "rispettare le decisioni della Commissione e dei precedenti richiamati dalla Commissione in procedimenti da essa avviati" e che "la Commissione non si pronuncia sulle domande di privati (nullità, risarcimento, etc.)", tanto sarebbe sufficiente per ritenere che "il vincolo si riferisca all'accertamento dei fatti e alla qualificazione giuridica dei fatti medesimi. In altri termini se la Commissione ha accertato l'esistenza di un'intesa o di un abuso di posizione dominante, il giudice non potrà autonomamente rifare l'istruttoria su fatti già accertati dalla Commissione, né giungere ad una qualificazione giuridica diversa. Si verifica quindi un effetto del tutto analogo a quello della cosa giudicata in senso sostanziale". V. anche, ID., *L'applicazione delle norme antitrust europee da parte dei giudici nazionali*, *ivi*, 367 ss., 389, ove si ribadisce che "l'art. 16.1, reg. 03/1, inoltre, pone anzitutto una regola di divieto alle giurisdizioni nazionali di emettere pronunce in contrasto con una decisione della Commissione. Vi è dunque un'applicazione rigorosa del principio del *ne bis in idem*"; FATTORI, *Commento* sub art. 16, Reg. 1/2003, in MARCHETTI-UBERTAZZI (a cura di), *Comm. breve leggi propr. int. e conc.*, 4° ed., Padova, 2007, 2551 ss., 2552, che parla di "vincolo di conformazione" per i giudici nazionali alle decisioni adottate o in corso di adozione da parte della Commissione, e supera (assai dubbiamente) l'obiezione di natura costituzionale, legata alla soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), reputando che il Regolamento "rappresenta senz'altro un atto dotato di forza di legge che, attribuendo espressamente alle decisioni della Commissione – quindi a provvedimenti di natura amministrativa – il valore di legge, svolge un ruolo assimilabile a quello di una "norma in bianco", integrata di volta in volta nel contenuto della decisione della Commissione". I contributi della dottrina processualistica, come più volte ripetuto, non abbondano in materia. Tra le voci della dottrina straniera, cui occorre riferirsi, l'adesione più o meno implicita a questa tesi è testimoniata dall'impiego di espressioni quali "*binding effects*" o "*Bindungswirkung*", con funzione descrittiva dell'efficacia vincolante degli accertamenti compiuti dalla Commissione nel processo civile nazionale. In tal senso v. WARD-SMITH, *Competition litigation in the UK*, London, 2005, 270: "In the absence of any capacity to take a differing decision there seems no basis for contending that the Commission's finding of infringement should be diverged from by domestic courts ... The facts found by the Commission in its decision are not merely admissible but in these circumstances must be binding on the domestic court"; GOYDER-ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5th ed., Oxford, 2009, 546; KERSE-KAHN, *EC Antitrust Procedure*, 5th ed., London, 2005, 309: "where the Commission has issued a decision of inapplicability the national court cannot on the same facts find an infringement. Where the Commission has concluded that an agreement has infringed Art. 81 then a national court could not hold that Art. 81(3) applied" (si noti però che gli aa. sembrano così concepire un vincolo legato all'accertamento dell'effetto giuridico delle condotte oggetto dell'indagine amministrativa e poi della decisione della Commissione, non già ai singoli fatti in concreto accertati dalla medesima); ORTIZ BLANCO, *European Community Competition Procedure*, 2nd ed., Oxford, 2006, 80, che si esprime in termini di efficacia *erga omnes* delle decisioni della Commissione; RITTER, *Commento* sub art. 16, Reg. 1/2003, in IMMENGA-MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, Band 1, 4. Auf., München, 2007, 1010, il quale pur limitandosi a parafrasare il divieto per il giudice nazionale di non assumere decisioni in contrasto con quelle della Commissione previsto dall'art. 16, Reg. 1/2003, di per sé inane ad esprimere un principio di efficacia conformativa degli atti dell'esecutivo comunitario, ritiene che il legislatore tedesco, proprio sulla scia di un siffatto principio espresso dal diritto comunitario, avrebbe sancito nel § 33 della legge tedesca sulla concorrenza "dass das nationale Gericht, vor dem eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 oder Art. 82 geltend gemacht wird, an die Feststellung des Verstoßes durch die Kommission gebunden

non possa trovare alcun appiglio nei precedenti comunitari, evidenziando di poi a quali gravi obiezioni essa andrebbe incontro, là dove si pretendesse di emanciparla dall'arresto *Masterfoods* e di scoprirne le radici nell'enunciato dell'art. 16, Reg. 1/2003.

Iniziamo con il dire che tale arresto era lungi dal soffermarsi sulla specificità delle decisioni della Commissione in materia concorrenziale. Il linguaggio della Corte, i precedenti da essa richiamati, rispettivamente, in materia di dovere per il giudice nazionale di dare applicazione alle norme di direttive comunitarie dotate di effetto diretto (C. giust., sent. 17 dicembre 1998, causa C-2/97, *IP*) e di presunzione di legittimità degli atti comunitari fino alla loro revoca o annullamento da parte dei Giudici comunitari (C. giust., sent. 15 giugno 1994, causa C-137/92, *Basf*), ed il riferimento all'art. 189 Tr. CE (e così all'obbligatorietà delle decisioni della Commissione per i destinatari designati), tutti cospirano a denotare che l'attenzione della Corte di giustizia era rivolta a preservare l'effettività propria di un atto comunitario derivato vincolante,

ist'"; in termini di efficacia vincolante in linea di principio, ma senza negare uno spiraglio al libero apprezzamento del giudice, si esprime, infine, GORDON, *EC Law in Judicial Review*, Oxford, 2007, § 13.96: "the national courts have obligations in EC law not to take action that would conflict with a Commission decision and (at least generally) not take a decision that is inconsistent with a Commission decision".

¹⁶⁸ Viene così, fors'anche inconsapevolmente, evocata, da questa dottrina, la problematica della natura degli effetti del giudicato, e non il binomio giudicato sostanziale – giudicato formale (che attiene invece esclusivamente al *quando* la sentenza possa dirsi definitiva: v. CONSOLO, *Spiegazioni*, I, cit., 209). Riguardo al primo problema, alla teoria c.d. processuale del giudicato (Chiovenda) – che vuole che dall'esistenza di un giudicato *de eadem re* discenda il dovere per il giudice di astenersi, in futuri processi, dal pronunciare nel merito (anche solo in senso conforme alla precedente sentenza), dovendo egli limitarsi a rigettare in rito la domanda, per carenza di un presupposto processuale (assenza di previo giudicato) – si è successivamente affiancata la teoria sostanziale o materiale del giudicato (Carnelutti; Allorio; Heinitz; Satta; e solo poi Redenti, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 257 ss.), secondo cui il giudicato, lungi dall'operare unicamente entro la sfera del processo, come fenomeno regolato esclusivamente dalle norme processuali, entrerebbe direttamente a far parte della realtà giuridica sostanziale, conformandola a sé; talché, al rilievo del previo giudicato *de eadem re* nei futuri processi, dovrebbe corrispondere una pronuncia (di merito) che accerti la realtà sostanziale, per come effettivamente innovata dal precedente giudicato: v. CONSOLO, *op. cit.*, 207-208; PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1969, 785 ss., spec. 795 ss.. Ora, potrebbe apparire ozioso indulgere nella teorica dell'efficacia del (precedente) giudicato in un processo *de eadem re*, quando ad essere in discussione qui è la ben diversa questione dell'influenza nel giudizio civile di un accertamento amministrativo, vale a dire di una entità per definizione non commensurabile al giudicato. E nondimeno, poiché si tratta di indagare un fenomeno dotato di indubbi profili di novità per l'ordinamento interno, i quali non consentono di escludere *a priori* una siffatta assimilazione, le teorie poc'anzi tratteggiate non perdono affatto di rilevanza, se non altro a livello pragmaticamente descrittivo.

suscettibile d'essere compromessa o messa a rischio, nella sua portata precettiva, da un *contrarius actus* di fonte nazionale: in specie da un provvedimento giurisdizionale. La fattispecie del caso *Masterfoods*, invero, avrebbe facilmente potuto portare alle soglie del conflitto tra poteri, contrapponendo l'atto di un organo giurisdizionale di uno Stato membro alla decisione di una istituzione comunitaria, se solo la Supreme Court irlandese remittente avesse rigettato il ricorso promosso dalla Masterfoods avverso l'ordinanza inibitoria di primo grado (che le ingiungeva di astenersi dal farsi strada sul mercato inducendo terzi a violare le clausole di esclusiva pattuite). E ciò era stato bene avvertito sia dall'Avv. gen. Cosmas che dalla Corte di giustizia. Prova ne sia che quest'ultima sentiva il bisogno di ribadire con forza che gli Stati membri, mediante i loro organi giurisdizionali, non possono assumere provvedimenti in grado di frustrare gli effetti di atti comunitari derivati, tanto più quando questi atti siano già stati adottati (ognun vede, peraltro, l'incongruità giuridica insita nell'affermare la maggiore intensità di un divieto – quello per il giudice nazionale di sindacare atti comunitari¹⁶⁹ – che dovrebbe invece presentarsi sempre uguale a se stesso). Si trattava però di un caso eccezionale, in cui gli effetti del giudicato *inter partes* avrebbero impedito la realizzazione della politica di concorrenza perseguita dalla Commissione. Parimenti, il vago accenno alla “dipendenza” della causa alle cure del giudice remittente dalla soluzione della questione relativa alla validità della decisione della Commissione, impugnata avanti al Tribunale di primo grado, non vale ad introdurre alcuna prospettiva di pregiudizialità in senso tecnico tra l'oggetto del giudizio di annullamento, sui vizi dell'atto impugnato, e l'oggetto del processo nazionale, vertente su diritti soggettivi¹⁷⁰.

¹⁶⁹ V. BIAVATI-CARPI, *Diritto processuale comunitario*, cit., 391: “Il giudice nazionale è competente ad applicare gli atti comunitari alla risoluzione delle questioni che gli vengono sottoposte dalle parti e a svolgere il relativo compito interpretativo. Se però, nel quadro della sua impostazione ermeneutica, l'atto comunitario gli appare viziato da una forma di illegittimità interna all'ordinamento comunitario ... egli non può compiere un'autonoma valutazione in tal senso e quindi disapplicarlo nella controversia nazionale: può soltanto (e deve, se giudice di ultima istanza) sollevare la questione pregiudiziale di fronte alla Corte”.

¹⁷⁰ Peraltro da negare, in via generale: v. TRISORIO LIUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Il diritto processuale nell'avvicinamento giuridico internazionale*, cit., I, 105 ss., 126; BRIGUGLIO, *Sospensione per pregiudizialità comunitaria e*

Al contrario, la motivazione della Corte sembra così da doversi intendere: qualora il giudice nazionale, nel decidere (autonomamente) la causa avanti a sé in un certo modo, corra concretamente il rischio di infirmare l'efficacia precettiva di un atto comunitario; poiché un simile esito, in fatto equivalente all'annullamento dell'atto comunitario, sarebbe precluso al giudice nazionale, funzionalmente privo di giurisdizione a tal riguardo; si presenta, solo allora, la doverosità di disporre incidentalmente un rinvio pregiudiziale di validità (*ex art. 267 TfUE*). Non già, si badi, a motivo della concreta rilevanza dell'atto comunitario per la decisione di merito (non assurgendo esso ad antecedente logico-giuridico necessario per la definizione della fattispecie controversia¹⁷¹), quanto invece, e soltanto, onde provocarne la rimozione da parte della competente giurisdizione comunitaria, nella misura in cui esso risulti d'intralcio al pieno dispiegarsi degli effetti della pronuncia nazionale che si tratta di adottare.

Sul netto riparto di competenze tra Commissione e giudici nazionali nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, del resto, la Corte non manca di insistere (punto 47), liquidando il problema, affacciato dal caso di specie, del contrasto tra una decisione della Commissione ed un previo giudicato nazionale con poche e secche battute (punto 48) e soltanto per desumerne che la competenza della Commissione non ne risulterebbe affatto scalfita. Finisce così per essere assecondata proprio quella prospettiva dottrinale che, sulla scorta del diverso piano di rilevanza della tutela pubblicistica del mercato, affidata alla Commissione, e del processo civile per la tutela dei diritti soggettivi individuali, nega recisamente cittadinanza ad un dubbio principio di "non contraddizione", estraneo tanto all'ordinamento comunitario della concorrenza, alla luce del concreto atteggiarsi del sistema delineato dai Regolamenti di procedura, quanto alle tradizioni costituzionali degli Stati membri¹⁷².

regolamento di competenza, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3273; ID., *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, 74 ss..

¹⁷¹ E, alla stessa stregua, poiché l'oggetto del processo civile non si fonda sul provvedimento amministrativo, non potendo il suo annullamento vincolare il giudice più dell'atto originario: VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 760 ss..

¹⁷² V. BASEDOW, *Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht – Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung*, in *Zeitschrift für europäisches*

La tesi, qui criticata, dell'efficacia positivo-conformativa delle decisioni della Commissione, del resto, sconta con troppa facilità il fatto che all'esecutivo comunitario non compete un potere di accertamento che non sia inestricabilmente connesso all'esercizio di poteri schiettamente autoritativi, che si esplicano nell'imposizione di misure sanzionatorie o ripristinatorie a carico delle imprese nei cui confronti la Commissione abbia svolto un'istruttoria e rilevato violazioni. Se non può dunque essere messo in discussione, da un lato, che l'accertamento dell'illecito rappresenta l'elemento caratterizzante della *funzione sanzionatoria* della p.a., rispetto a cui l'irrogazione della sanzione si pone come un effetto consequenziale¹⁷³, resta pur sempre fermo, dall'altro, che sarebbe proprio e solo quest'ultima manifestazione dell'attività di vigilanza svolta

Privatrecht, 1996, 570 ss., 581: “Eine Besonderheit des Wettbewerbsrecht in Europa liegt in dem Nebeneinander von nationalem und Gemeinschaftsrecht, von Vollzug durch EG-Kommission und nationale Behörden und Gerichte. Diese Konkurrenz wirft vielfältige Fragen der Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit des Rechts auf, die das Postulat der Rechtssicherheit berühren. Zum einen kann die Anwendung des nationalen und des europäischen Wettbewerbsrecht auf ein und dasselbe Verhalten zu divergierenden Ergebnissen führen. Dies mag wegen der unterschiedlichen Schutzzwecke beider Rechtsmassen begründet sein und ist nach der Rechtssprechung des Gerichtshof jedenfalls so lange nicht zu beanstanden, wie die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrecht gewahrt ist”; DURNER, *Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt – Zu den Loyalitätspflicht nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts*, in *EuR*, 2004, 547 ss., 560. V. anche, con considerazioni riferite al riparto di competenze nel diritto italiano, ma ben suscettibili di essere estese al sistema comunitario, LA CHINA, *Commento* sub art. 33, l. 287/1990, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e Mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, Padova, 1994, 668: “solo un giudice può interferire nell'operato di un altro giudice, mentre la P.A. può soltanto accampare, di fronte ai giudici civili, spazi riservati alla sua attività, invocare argini alla loro giurisdizione, limiti oltre i quali tale potestà fa loro difetto: la P.A., in sostanza e parlando quasi per immagini, può difendersi dal giudice civile, ma non debordare nel suo campo e prendere il sopravvento e bloccare processi od anche preorientare istruttorie sovrapponendo al di lui libero apprezzamento i risultati delle proprie indagini, ché anzi il giudice può sempre disattenderle ove diversamente gli risulti la situazione al termine della propria istruttoria – non di applicazione insomma, ma indagine contro indagine, accertamento contro accertamento”; CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, 109: “l'accertamento compiuto dall'Autorità però rileva soltanto ai fini amministrativi e lascia impregiudicata la questione della liceità dell'atto o del comportamento a fini civilistici, che potrebbe essere oggetto di un accertamento autonomo compiuto successivamente dal giudice”. Ivi, alla nt. 87, l'A. soggiunge che: “il rischio cui si va incontro in un sistema così impostato è ovviamente quello della contraddittorietà tra accertamenti, in ordine agli stessi fatti, compiuti nelle diverse sedi. Ma questo è il prezzo da pagare se non si vuole, alternativamente, ridurre il ruolo dell'autorità a quello di un organo la cui funzione è esclusivamente quella di trarre le conseguenze sul piano amministrativo di un accertamento compiuto dal giudice; oppure privare il giudice ordinario nella materia antitrust del potere di accertamento e di qualificazione di fatti – che costituisce l'essenza dell'attività compiuta da tale giudice – a favore di un organo soggettivamente amministrativo rendendo ancor più seri i dubbi circa la compatibilità di tale organo con i principi costituzionali”.

¹⁷³ Così, TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 120.

dalla Commissione, nell'esercizio di una sua prerogativa istituzionale, a dover essere preservata di fronte a provvedimenti nazionali idonei a minarne l'efficacia. Non già l'incontrovertibilità dei suoi accertamenti, l'effetto dichiarativo delle sue decisioni in quanto tale, che è invece il *proprium* degli atti di giurisdizione¹⁷⁴.

Una implicita conferma di quel che si afferma, viene dall'arresto della Corte di giustizia nel caso *Tele2 Polska* (2011)¹⁷⁵. Il Giudice comunitario ha offerto un'interpretazione restrittiva dell'art. 5, Reg. 1/2003, che elenca le varie tipologie di provvedimenti suscettibili d'essere adottati dalle autorità nazionali della concorrenza, negando in particolare che tali autorità possano assumere anche decisioni "negative", vale a dire di accertamento dell'insussistenza delle violazioni degli artt. 101, 102 TfUE su cui a seguito di denuncia ricevuta da privati o d'ufficio sia stata aperta un'istruttoria. Laddove non siano emersi elementi tali da suffragare l'ipotesi di illecito anticoncorrenziale, l'autorità di concorrenza potrà dunque disporre l'archiviazione dell'istruttoria, non mai pronunciare l'"assoluzione" dell'impresa indagata. Aggiunge la Corte che un siffatto potere dichiarativo, là dove fosse in concreto esercitato, darebbe luogo ad un effetto preclusivo nei confronti della Commissione, la quale – in ossequio

¹⁷⁴ V. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, vol. II, Milano, 1957, 3 ss., spec. 16 ss..

¹⁷⁵ C. giust., sent. 3 maggio 2011, in causa C-375/09. L'autorità della concorrenza polacca, all'esito di un'indagine per violazione del divieto di abuso di posizione dominante sancito dall'art. 102 TfUE avviata a carico di una società telefonica, dichiarava con propria decisione non sussistere alcuna violazione ascrivibile a detta società. La *Tele2 Polska*, concorrente della società indagata, impugnava tale decisione avanti al g.a., che rimetteva alla Corte la questione interpretativa avente ad oggetto l'art. 5, Reg. 1/2003. Tale norma prevede che le autorità nazionali possano adottare decisioni volte a: - ordinare la cessazione di un'infrazione; - disporre misure cautelari; - accettare impegni; - comminare ammende, penalità di mora o qualunque altra sanzione prevista dal diritto nazionale. Si noti, peraltro, che né le conclusioni dell'Avv. gen. Mázak del 7 dicembre 2010, né la sentenza della Corte hanno preso posizione sulle ragioni dogmatiche dell'esclusione delle decisioni "di assoluzione" dall'elenco dei poteri rimessi alle autorità nazionali di concorrenza. Poco perspicuo, peraltro, appare l'argomento formulato dalla Corte, secondo cui il Reg. 1/2003 avrebbe conferito esclusivamente alla Commissione il potere di stabilire mediante decisione che gli artt. 101 e 102 TfUE sono inapplicabili a determinate tipologie di accordi per ragioni di interesse pubblico comunitario (art. 10, Reg. 1/2003); tale potere, infatti, non sottenderebbe, a ben vedere, una funzione di accertamento vera e propria, quanto piuttosto un potere *normativo*, da esercitarsi "in casi eccezionali", volto ad orientare, mediante l'enunciazione di una regola astratta, l'applicazione del diritto della concorrenza da parte dei giudici nazionali e delle autorità di concorrenza, come precisa il quattordicesimo 'considerando' del Reg. 1/2003. Trattasi, peraltro, di potere ad oggi mai esercitato dalla Commissione: VAN BAEL-BELLIS, *op. cit.*, 1082.

al principio del *ne bis in idem* – non potrebbe dare a sua volta avvio ad un’istruttoria sui medesimi fatti contestati nei confronti della medesima impresa, con grave minaccia per l’effettività del *public enforcement* comunitario. Ma l’argomento risulta assorbito dalla primaria considerazione che neppure alla Commissione spetterebbe un simile potere di accertamento (negativo) mero, per la ragione, sottaciuta ma evidente, che esso esulerebbe dalla sua funzione.

I rilievi sin qui svolti, se anche, come si spera, sufficienti a spiegare la *ratio* della sentenza *Masterfoods* in chiave di tutela del primato del diritto comunitario derivato (né più né meno che nella sua portata di comando autoritativo, però) rispetto a misure nazionali (legislative, amministrative, giurisdizionali) con esso confliggenti, potrebbero tuttavia apparire inappaganti e superati dalla lettera perentoria dell’art. 16, Reg. 1/2003. A dispetto delle ricordate sue origini pretorie, la disposizione gode infatti di vita propria ed è pertanto suscettibile d’essere autonomamente interpretata ed applicata anche a casi diversi da quello su cui ci si è sino ad ora soffermati.

Occorre dunque misurare la tenuta della tesi dell’efficacia positivo-conformativa delle decisioni della Commissione al cospetto di tale autonoma disposizione. Ed occorrerà così, anzitutto, echeggiare quella dottrina, la quale ha osservato, da un lato, che né l’art. 16, Reg. 1/2003 né il Preambolo del Regolamento forniscono una nozione tecnica di “contrasto” tra decisioni della Commissione e dei giudici nazionali, che possa essere utilmente adoperata per saggiare la bontà dell’ipotesi conformativa; e che, d’altro lato, lo stesso art. 16, Reg. 1/2003 non contempla testualmente un vincolo positivo agli effetti – e si assumano pure tra essi, secondo l’ipotesi di lavoro formulata, quelli puramente dichiarativi – della decisione della Commissione, quanto piuttosto delinea un mero dovere astensivo in capo al giudice nazionale, cui è fatto obbligo di non statuire in contrasto con tali decisioni, salvo pregiudizialmente rimettere la questione di validità degli atti comunitari alla Corte di giustizia¹⁷⁶. E si tratterebbe, *prima facie*, di rilievi

¹⁷⁶ V. in tal senso, CANIVET-CHAMPALAUNE, *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence: le rôle du juge national*, in BRUNET-CANIVET (dir. da), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, 2008, 506: “l’article 16 du règlement n. 1/2003 incite clairement les juridictions à

senz'altro calzanti e idonei ad attaccare la tesi dell'efficacia positivo-conformativa, quanto difficilmente smentibili, tenuto conto che essi muovono proprio dal tenore letterale della disposizione; se non fosse, come premesso all'inizio di questo capitolo, che quello letterale non può assurgere mai di per se stesso a criterio assorbente nell'esegesi del diritto comunitario.

È dunque necessario vagliare se l'ipotesi interpretativa che viene ora delineandosi, e che si vorrebbe da noi accreditare, la quale allontana decisamente il *proprium* dell'art. 16, Reg. 1/2003 dall'esprimere un vincolo di tipo sostanziale agli accertamenti in fatto e in diritto compiuti dalla Commissione (e così, con espressione di sintesi, alla "parte motiva" delle sue decisioni), vincolo che sarebbe idoneo a manifestarsi nell'ambito del processo civile nella sua portata conformativa della realtà giuridica sostanziale, tragga conforto dagli altri canoni ermeneutici che vengono in rilievo, a partire da quello teleologico.

Se si tien conto, ora, che il Preambolo del Reg. 1/2003, al trentasettesimo 'considerando' (e così sia pure in una posizione non premiale) proclama l'ottemperanza del Regolamento stesso ai "*diritti fondamentali*" e l'osservanza "*dei principi sanciti in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*", ed eleva quindi quegli stessi diritti e principi a criteri interpretativi delle disposizioni del diritto derivato, risulterà con chiarezza che la tesi dell'efficacia positivo-conformativa non può in alcun modo trovare accoglienza nell'enunciato dell'art. 16, Reg. 1/2003. All'opposto, assumerà valore, ed anzi necessità di imporsi, la tesi che una siffatta efficacia nega alle decisioni della Commissione, e non soltanto in virtù della duplicità e diversità degli interessi che a livello pubblico e privato sono perseguiti e trovano tutela, come da più parti e dalla stessa Corte di giustizia riconosciuto, ma in ragione di più stringenti

prendre les mesures procédurales de nature à éviter les conflits, étant par ailleurs précisé qui serait contraire à celle adoptée par la Commission; sauf à saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle sur le fondement de l'article 234 du traité. La juridiction nationale ne peut en effet se faire juge elle-même de l'éventuelle illégalité de la décision de la Commission"; MÖLLERS-HEINEMANN, *The enforcement of competition law in Europe*, Cambridge, 2007, 229 : "Article 16(1) of Regulation 1/2003 and *Masterfoods* merely establish a negative duty not to contravene, and not to a positive duty to follow, Commission decisions"; KOMNINOS, *op. cit.*, 1395-1397.

esigenze costituzionali, rispecchiate, quanto al nostro ordinamento, dagli artt. 24 e 101 Cost., che segnano i limiti entro i quali la norma comunitaria può trovare un'applicazione non distonica con i principi fondamentali sul versante interno¹⁷⁷.

Sovviene, a quest'ultimo riguardo, una panoramica della giurisprudenza costituzionale, la quale offre un vasto campionario casistico da cui emerge tanto che il diritto d'azione dura fatica a soffrire limitazioni o condizionamenti d'alcun genere, fuorché in ragione di esigenze *interne* e strettamente correlate al processo (tale non sarebbe, per fare un solo esempio di piana attinenza con la materia in esame, l'esigenza d'ottenere l'uniformità applicativa del diritto materiale facendo premio sul libero

¹⁷⁷ Vieppiù numerose le prese di posizione in tal senso: v., tra le più recenti, POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, 262; PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 349 ss., 369; talora espresse sotto forma di censura di incostituzionalità dell'art. 16, Reg. 1/2003: così CLARICH, *La tutela giurisdizionale avverso gli atti delle Autorità indipendenti*, in *judicium.it*, 2008 (aprile): "Il regolamento n. 1/2003 introduce anche una regola che disciplina la decisione del giudice nazionale e che appare di dubbia costituzionalità: i giudici nazionali devono evitare pronunce in contrasto con gli orientamenti della Commissione in procedimenti da essa avviati"; ID., *Autorità indipendenti*, cit., 200, nt. 51; DURNER, *op. cit.*, 559 ss.; NEGRI, *Procedimenti paralleli*, cit., 135, cui l'art. 16 Reg. 1/2003 appare "sotto più profili discutibile e suscita il dubbio di essere poco o punto compatibile con i principi fondamentali del giusto processo codificati dagli artt. 24 e 111 Cost. nonché dagli artt. 6 Cedu e 47 della Carta dei diritti fondamentali della UE". Giova però osservare che il presunto conflitto tra regola e principi può ben essere risolto, a livello interpretativo, in ossequio al Preambolo dello stesso Regolamento, come pure va ricordato che, ad oggi, la Corte di giustizia non si è pronunciata sull'interpretazione dell'art. 16, Reg. 1/2003. Isolata rimane la posizione di chi (PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, cit., 473; ID., *Il ruolo della Commissione nel rapporto con i giudici nazionali ai sensi del reg. 1/2003: teoria e prassi*, in *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, cit., 81 ss., 85) ritiene che il dubbio circa la legittimità costituzionale dell'art. 16, Reg. 1/2003 non avrebbe ragion d'essere atteso che "il vincolo tra Commissione e giurisdizioni nazionali non costituisce una novità del reg. 1/03 essendo esso – in primo luogo – un aspetto caratteristico dell'ordinamento CE sin dal 1957, e – in secondo luogo – esso è stato chiarito – in regime del reg. 17/1962 – sia dalla sent. *Delimitis* nel 1992 e, successivamente, dalla sent. *Masterfoods* nel 2000". Sull'ultima parte di questa assai poco condivisibile ricostruzione basti il rimando a quanto precede nel testo. Quanto al presunto vincolo, "connaturale" al Trattato, delle giurisdizioni nazionali alle decisioni della Commissione, può ugualmente dissentirsi con l'A., ribadendo che altra è l'efficacia vincolante di tali atti nei confronti dei destinatari delle decisioni, siano essi individui o Stati membri, altra sarebbe invece l'efficacia conformativa degli accertamenti in fatto compiuti dalla Commissione nel processo civile avente ad oggetto diritti o rapporti giuridici soggettivi, non costitutivamente conformati dalle decisioni della Commissione. Prospettiva che questo A. sembra sorvolare completamente. Si ritiene, infine, di poter includere nel primo gruppo di opinioni quella di chi guarda scetticamente alla "certezza del diritto" predicata nel preambolo all'art. 16, e ricorrentemente evocata nel Reg. 1/2003, come ad un chimerico principio: VAN DEN BERGH, *The subsidiarity principle and the EC competition rules: the costs and benefits of decentralisation*, in SCHMIDTCHEN-COOTER (eds.), *Constitutional Law and Economics of the European Union*, Cheltenham, 1997, 175.

apprezzamento del giudice, in funzione dell'interesse pubblicistico al coerente orientamento della politiche concorrenziali); quanto che al giudice non può essere sottratta la cognizione di alcun elemento della fattispecie sostanziale da cui nascono i diritti soggettivi, per affidarla ad organi amministrativi, quantunque svolgenti attività di accertamento nel corso di un procedimento informato a consentire il contraddittorio con gli interessati. Si considerino i seguenti esempi:

A) una norma demanda al Genio civile l'accertamento delle condizioni tecniche dell'immobile e delle necessità dello sgombero facendone dipendere la cessazione della proroga legale di una locazione;

B) una norma subordina il sequestro cautelare ed il compimento di atti esecutivi su beni di proprietà di Stati esteri situati nel foro all'autorizzazione da parte del Ministro della giustizia, che, verificata la duplice condizione della reciprocità e l'assenza di preminenti ragioni di interesse pubblico attinenti ai rapporti internazionali, dichiara la pignorabilità di tali beni con decreto inoppugnabile;

C) una norma commina un'ammenda per l'abbattimento di alberi d'olivo in assenza di autorizzazione preventiva del Prefetto, commisurando l'ammontare della sanzione al valore delle piante abbattute, la cui determinazione è demandata all'Ispettorato provinciale dell'agricoltura;

D) una norma condiziona la proponibilità o la procedibilità dell'azione in materia ereditaria alla prova dell'avvenuto assolvimento degli oneri tributari riguardanti i trasferimenti *mortis causa*;

E) una norma consente all'amministrazione ferroviaria la facoltà di non comunicare o esibire all'autorità giudiziaria gli atti e le relazioni delle inchieste svolte sui singoli sinistri, contenenti accertamenti di fatto o accertamenti materiali, finalizzate all'emanazione di provvedimenti amministrativi di perfezionamento degli impianti o delle istruzioni di servizio;

F) una norma subordina l'esercizio dell'azione penale e la condanna per il reato di evasione fiscale all'accertamento definitivo dell'omesso pagamento del tributo evaso da parte della Commissione tributaria.

Vediamo ora a quale tipo di esito hanno dato luogo questi casi.

Nel caso *sub A*, che segna l'esordio della stagione di interpretazione costruttiva (“*rechtsschöpferische Konkretisierung*”) del diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost.¹⁷⁸, la norma dell'art. 10, L. 23 maggio 1950, n. 253, nella parte in cui affida ad un organo amministrativo l'accertamento di un tassello essenziale della fattispecie civilistica del diritto soggettivo al rinnovo della locazione viene dichiarata costituzionalmente illegittima. Essa limita la libertà d'apprezzamento del giudice sul “*punto principale della controversia*” ed arreca fatalmente un *vulnus* al diritto di difesa dell'interessato, cui viene impedito di servirsi di tutti i mezzi di prova garantiti in generale a chi è parte di un giudizio. Quand'anche poi, aggiunge la Corte *ad abundantiam*, si instaurasse innanzi al Genio civile un contraddittorio vero e proprio fra le parti del rapporto di locazione, “*resterebbe sempre il fatto che il giudice ne è estraneo: tanto più in quanto l'accertamento del Genio civile molto spesso è concluso, e la legge lo consente, quando ancora non si è promossa l'azione giudiziale*”¹⁷⁹.

Nel caso *sub B*, la Corte dichiara l'illegittimità per contrasto con l'art. 113 Cost. della norma che escludeva il sindacato giurisdizionale sul provvedimento ministeriale autorizzativo del compimento di atti esecutivi sui beni degli Stati esteri all'interno del foro, rilevando l'infondatezza dell'assunto secondo cui le valutazioni di reciprocità e di

¹⁷⁸ Così, CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e “due process of law clause”)*, in *Giust. cost.*, 1961, 1284 ss., in nota a C. Cost., 22 dicembre 1961, n. 70 – Pres. Cappi; rel. Branca, cui si riferisce il caso commentato nel testo. In arg. v. anche VIGORTI, *Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (Note di giurisprudenza comparata)*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 516 ss.; DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, *ivi*, 1984, 443 ss..

¹⁷⁹ Di “*monstrum*” della consulenza vincolante del Genio civile prevista dalla l. 253 del 1950, “la cui abnormità era aggravata dalla applicazione fattane dalla Corte di cassazione, la quale aveva ritenuto che non necessariamente la perizia circa le condizioni dell'immobile dovesse essere disposta dal giudice nel corso del processo, potendo essere sollecitata dal locatore anche prima del giudizio” parla DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 8 ss., 11, nt. 10, che richiama la diversa *ratio decidendi* di Cass., 9 luglio 1960, n. 1841, in *Foro it.*, 1960, 402. Cfr., C. Cost., 4 giugno 1964, n. 47 – Pres. Ambrosini; rel. Fragali, che ha escluso la legittimità costituzionale del r.d. 4 ottobre 1935, n. 1827, sui giudizi in materia previdenziale, ritenendo infondato il sospetto che, in base a tale disciplina speciale, il giudice avrebbe dovuto formare il suo convincimento soltanto sulla base delle prove raccolte nella sede amministrativa, rilevando che l'art. 463 c.p.c. (ante novella del '73) prevedeva l'assistenza del giudice da parte di consulenti tecnici, e che l'art. 465 c.p.c., nei procedimenti di appello a seguito di decisioni fondate su accertamenti compiuti da consulenti tecnici, obbligava alla nomina di un consulente. Tali disposizioni, ad avviso della Corte, “non avrebbero senso se il processo giurisdizionale dovesse svolgersi sul solo fondamento degli accertamenti compiuti nella fase amministrativa”.

interesse pubblico rimesse alla p.a., oltre ad essere altamente tecniche, sarebbero state intrise di rilevante significato politico¹⁸⁰. A farne le spese è l'articolo unico del decreto regio n. 1621 del 30 agosto 1925.

L'affermazione della pienezza del diritto di difesa riprende vigore nel caso *sub C*), risolto dalla Corte con una pronuncia interpretativa di rigetto. La circostanza che la norma impugnata affidi all'Ispettorato provinciale dell'agricoltura il potere di determinare il valore delle piante abbattute, in ragione della specializzazione tecnica dell'organo chiamato a soprintendere al progresso dell'agricoltura nel territorio di competenza, non implica, secondo la Corte, *“che il giudice [pretore penale] non possa sindacare le conclusioni dell'organo amministrativo ed eventualmente disattenderle quando abbia fondate ragioni di pervenire a diverso convincimento. Così come avviene per i pareri, o per qualsiasi altro apprezzamento fatto da organi ausiliari della giustizia, tutto il materiale di indagine e di discussione acquisito al processo viene apprestato allo scopo di convincere il giudice, al quale spetta il potere di pronunciare la parola definitiva”*¹⁸¹.

Il diniego di qualsivoglia condizionamento all'esercizio del diritto di azione, di cui anche il diritto alla prova costituisce rilevante corollario, accomuna i casi *sub D*) ed

¹⁸⁰ C. Cost., 13 luglio 1963, n. 135 – Pres. rel. Ambrosini, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 116 ss., con nt. critica di DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*, che rileva l'incongruità dell'esclusione della violazione dell'art. 24 Cost., motivata dalla Consulta sulla base del fatto che “il condizionamento o la restrizione di un interesse, privato o pubblico, rispetto ad altro interesse pubblico di carattere preminente, non viola la Costituzione” e che “l'art. 24 della Costituzione ... non ha una portata tale da precludere al legislatore la possibilità di subordinare nella fase del procedimento esecutivo ... a determinati controlli e condizioni l'esperimento del diritto del privato, quando ciò debba farsi a salvaguardia di altri interessi di preminente valore pubblico”. Secondo l'A., infatti, altro sarebbe affidare al giudice una valutazione di carattere discrezionale, da compiersi nel corso del processo di cognizione, al fine di stabilire la forma di tutela concretamente concedibile (es. la valutazione del “pregiudizio all'economia nazionale” prevista dall'art. 2933 c.c. per disporre l'esecuzione in forma specifica); altro sarebbe, invece, subordinare l'esercizio del diritto di compiere atti esecutivi, sulla base di un credito giudizialmente accertato, alla valutazione discrezionale di un organo amministrativo, quantunque doverosamente assoggettata al sindacato di legittimità. Afferma infatti l'A. che: “Ogni norma che, direttamente o indirettamente, sottragga al giudice, in tutto o in parte, il “giudizio”, viola il precetto costituzionale: e così la norma che demandi ad organi amministrativi l'accertamento dei fatti, o l'autorizzazione a promuovere o proseguire il giudizio, o limiti comunque la tutela giurisdizionale in funzione di precedenti procedure amministrative”.

¹⁸¹ C. Cost., 28 dicembre 1970, n. 200 – Pres. Branca; rel. Verzi, in *Giust. cost.*, 1970, 2237.

E). Nel primo dei due casi sopra menzionati, la Corte giudicava illegittimo l'art. 77, r. d. 30 dicembre 1923, n. 3270 relativo alle imposte sulle successioni, nella parte in cui onera l'attore di dimostrare l'avvenuto pagamento degli oneri fiscali a pena di improcedibilità del giudizio avente ad oggetto diritti ereditari appare una limitazione inaccettabile del diritto d'azione, priva di ancoraggio in esigenze di carattere processuale, dettata unicamente dall'interesse dello Stato alla riscossione dei tributi¹⁸².

Nel secondo caso, invece, la Corte ritiene non coperti da segreto d'ufficio, rimuovendo il limite alla loro acquisizione processuale, gli atti delle indagini internamente svolte dalla p.a. a seguito di sinistri, contenenti elementi di prova altrimenti suscettibili di “*dispersione o di immutazione*”, e che soltanto la “*sollecita e diligente indagine dell'autorità ferroviaria può rilevare, per l'insostituibile esperienza tecnica dei suoi organi*”¹⁸³. La pronuncia non investe direttamente il problema degli atti amministrativi di accertamento ad elevato coefficiente tecnico (le decisioni della Commissione europea s'iscriverebbero facilmente in questa categoria) e del suo riflesso sulla libera valutazione delle prove da parte del giudice. La motivazione è peraltro chiaramente incentrata sul diritto di difesa della parte, la cui pienezza è posta in diretta correlazione all'effettività della tutela giurisdizionale (“*se le si nega o le si restringe il diritto di esibire i mezzi rappresentativi di quella realtà, si rifiuta o si limita quella tutela*”) e non legittima alcuna inferenza nel senso che la libertà di apprezzamento del giudice riuscirebbe in qualche modo limitata dall'ingresso nel processo delle risultanze tecniche acquisite dall'amministrazione.

Nel caso *sub F*), la Consulta cancella l'istituto della c.d. pregiudiziale tributaria in materia di imposte indirette, che elevava la definitività della decisione della Commissione tributaria a presupposto per l'esercizio dell'azione penale rispetto al reato

¹⁸² C. Cost., 3 dicembre 1964, n. 100 – Pres. Ambrosini; rel. Fragali, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 443, nt. COMOGLIO, *L'art. 24 della Costituzione e gli oneri fiscali nel processo*. Dell'A. la chiosa secondo cui “ciò che con sicurezza appare escluso è che istituti non *razionalmente* collegati al processo (cioè, estranei alle sue necessità tecniche) impediscano *in itinere* che la domanda, ritualmente proposta secondo l'ordinamento processuale, pervenga alla piena cognizione del giudice e che l'attore svolga in giudizio, nelle forme di legge, ogni conseguenziale attività, assertiva e probatoria, a sostegno della sua pretesa”.

¹⁸³ C. Cost., 3 giugno 1966, n. 53 – Pres. Ambrosini; rel. Fragali, in *Giust. cost.*, 1966, 858.

di evasione dal versamento dell'IVA: “l'esigenza di evitare giudicati contraddittori non può valere a ritenere costituzionalmente lecita la vincolatività per il giudice penale di pronunce tributarie che, pur se valide a fini fiscali, sono basate su regole di giudizio estranee al processo penale e contraddittorie con la sua essenza”¹⁸⁴. Risulta così sovvertito l'orientamento precedente, in cui la Corte aveva giustificato l'efficacia extraprocessuale vincolante delle statuizioni delle Commissioni tributarie sempre in ragione della complessità tecnica del relativo accertamento (C. Cost., 20 febbraio 1973, n. 8).

La problematica che si è così voluta tratteggiare è naturalmente trasversale tanto alla giurisdizione civile quanto a quella penale. In questo secondo ambito, anzi, essa è ancora maggiormente sorvegliata da giurisprudenza e dottrina, ed ha sollecitato a più riprese interventi della Consulta, lungo le direttrici della rimozione di qualsivoglia vincolo del giudice penale agli accertamenti extraprocessuali compiuti da organi della p.a., nonché dell'espansione delle garanzie difensive a tutti quei frangenti, quantunque esulanti dagli schemi legali tipici della fase dell'indagine istruttoria, che comportino l'acquisizione di elementi o la formazione di atti idonei ad essere successivamente posti a fondamento del convincimento del giudice¹⁸⁵.

¹⁸⁴ C. Cost., 19 gennaio 1993, n. 5 – Pres. Casavola; rel. Granata, in *Giur. cost.*, 1993, 18, nt. CORSO, *Definitiva illegittimità della pregiudiziale tributaria “sostanziale”*.

¹⁸⁵ Per un'ampia rassegna della casistica v. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 96 ss.. La tesi sostenuta dall'A. pare peraltro orientata in senso diverso rispetto alla *ratio* di espansione delle garanzie difensive propuganata dalla Consulta e dalla giurisprudenza di legittimità e, ad avviso di chi scrive, maggiormente condivisibile. Secondo l'A., infatti, dalla disciplina degli artt. 238 e 238-bis c.p.p., i quali prevedono, rispettivamente, le ipotesi di lecita trasmigrazione nel processo di prove acquisite in altri procedimenti o di sentenze irrevocabili, sarebbe desumibile un principio di tassatività dell'attitudine probatoria di atti extraprocessuali, presidiato per l'appunto dalla regola della inutilizzabilità di ogni atto esulante da quelli espressamente contemplati dalle dette previsioni (p. 274). Di talché il recupero dei giudizi di fatto di provenienza amministrativa, quale sorta di “surrogato di prova”, al processo penale non sarebbe ottenibile, in via generale, semplicemente estendendo le garanzie difensive e di partecipazione dell'indagato alle fasi pre-istruttorie, quantunque abbiano a compiersi nel loro corso attività irripetibili. Proprio tenuto conto del principio generale di inutilizzabilità, in materia di “analisi di campione per i quali non è prevista la revisione”, il legislatore processuale avrebbe predisposto nell'art. 223 disp. coord. c.p.p. una disciplina speciale che esige sia dato avviso all'interessato del giorno, dell'ora e del luogo in cui saranno effettuate le analisi, con facoltà per quest'ultimo di presenziare all'assunzione con proprio consulente tecnico. Fuori da tali casi, invece, non sarebbe concepibile “un dovere degli organi pubblici di plasmare la loro azione secondo gli schemi del

Ma è ovviamente all'ambito dei reati economici, in cui il legislatore ha progressivamente affiancato al sistema di repressione penale un sistema di vigilanza e di *enforcement* ad opera di organi amministrativi dotati di poteri sanzionatori¹⁸⁶, che occorre guardare per cogliere eventuali adesioni dottrinali alla tesi che, come si è veduto essere il caso per la materia *antitrust*, vuole che l'indipendenza della giurisdizione a fronte delle decisioni di organi della p.a. – per quanto tecnici e suppostamente inattuabili alla conoscenza e prudenza del giudicante siano i profili degli accertamenti *ad altri fini* loro demandati – sia pienamente salvaguardata in omaggio al principio della soggezione esclusiva del giudice alla legge. E non potrà a questo punto più di tanto sorprendere che anche da quei lidi si rivendichi con fermezza la piena autonomia di giudizio del giudicante, sia pur in presenza del dipendersi parallelo di procedimento penale e amministrativo sulla medesima fattispecie¹⁸⁷.

procedimento penale, nell'ottica di un'eventuale utilizzo in chiave probatoria nell'area procedimentale” (p. 283). Per un'applicazione di tali principi v. FURIN-TEDESCHI, *Garanzie di difesa tra attività amministrative di vigilanza e attività investigative di polizia giudiziaria in materia di igiene e sicurezza del lavoro*, nota a Trib. Venezia, 26 ottobre 1994, in *Cass. pen.*, 1997, 1511 ss..

¹⁸⁶ In arg. v. P. STELLA, *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008, spec. 71 ss., dove l'A. sembra approntare una soluzione al problema del concorso di norme sul medesimo nucleo fattuale in chiave prettamente sostanziale, affermando che la norma penale tutelerebbe le vittime da condotte che cagionano un danno concreto, mentre la norma amministrativa, a tutela degli interessi del mercato, “anticiperebbe tale protezione, sanzionando quei comportamenti che suscitano allarme già come fattispecie di pericolo astratto”. Prospettiva che non appare a noi da condividere per la semplice ragione che il fatto tipizzato dalle singole figure di reato ed illecito amministrativo è all'evidenza il medesimo, e l'intervento dell'Autorità di vigilanza volta in volta competente può ben assumere carattere retrospettivo, e sanzionare condotte preterite.

¹⁸⁷ In tal senso, v. MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 137 ss., 139; SEMINARA, *Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: le norme della Comunitaria 2004 (III)*, *ivi*, 2006, 9 ss., 18; qualche perplessità desta peraltro l'affermazione di AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, II, 1496 ss., 1503, secondo cui: “resta però il fatto che ci sono limiti e sbarramenti di ordine tecnico, derivanti dalle valutazioni compiute in sede amministrativa, di fronte ai quali il giudice finisce di solito per arrendersi, sia per ragioni di economia processuale, sia per la presunzione di attendibilità che assiste il lavoro svolto dall'autorità amministrativa”. Va da sé che tali rilievi, di indole agiuridica, nulla tolgono all'indefessa possibilità, per il giudice penale, di prescindere dalle determinazioni della p.a. né offrono alcuna ragione per dubitare che il diritto dell'imputato di fornire prova contraria a confutazione di tali risultanze riesca in qualche modo compresso. La tematica in discorso in nulla involge quella della pregiudizialità amministrativa nel processo penale, in tale contesto intendendosi la possibilità, per il giudice penale, di sindacare incidentalmente il merito degli atti amministrativi agli effetti penali. Gli è tuttavia, che l'approdo raggiunto da quella dottrina, secondo cui “se è opportuno che il giudice penale non sia legato dalle

Ne discende la sicura vigenza di un principio che, se non già nel senso dell'assoluta irrilevanza nel processo, va concepito in termini di inidoneità dell'accertamento amministrativo di fatti giuridici rilevanti (quand'anche, a volere così ipotizzare, divenuto definitivo) a vincolare il giudice nell'apprezzamento della fattispecie sostanziale o di suoi singoli elementi costitutivi. Tale principio si armonizza e dovrà *a fortiori* ritenersi valido in un ordinamento, come il nostro, in cui financo il tratteggio principio di unitarietà della funzione giurisdizionale, sotteso a fenomeni sospensivi del processo civile in attesa dell'esito del processo penale primeggiante (perché suppostamente degno di maggior fiducia, per il maggior rigore nella ricostruzione del fatto e per la più "penetrante 'tonalità' istruttoria" attribuita a quella sede processuale¹⁸⁸) ha cessato di trovare usbergo a favore del diverso principio della parità ed originarietà dei diversi ordini giurisdizionali, cui consegue la sostanziale autonomia dei giudizi¹⁸⁹.

limitazioni probatorie proprie del processo civile, è altrettanto opportuno che agli accertamenti penali non si frappongano gli ostacoli che nascono dal sistema dei rapporti tra giurisdizione ordinaria civile e giustizia amministrativa" (così, VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 28 ss., 36), varrà come argomento *a fortiori* ad impedire che gli accertamenti della p.a. si frappongano come diaframma alla formazione del libero convincimento del giudice.

¹⁸⁸ V. CONSOLO, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 227 ss., 241, cui appartiene l'espressione virgolettata nel testo.

¹⁸⁹ V., da ult., Cass., Sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768 – Pres. Vittoria; rel. Spirito, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 984 ss., nt. P. SANDULLI, *In tema di giudicato penale nel processo civile*, che ha escluso l'efficacia conformativa, nel processo civile di risarcimento del danno, della sentenza penale di proscioglimento passata in giudicato, ove essa sia fondata sul rilievo della prescrizione del reato, quantunque il giudice penale abbia conosciuto e valutato il fatto, dovendo in tal caso il giudice civile interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione. Per le criticità che, allora, emergono dall'*obiter* di Cass. pen., Sez. un., 23 maggio 2006, n. 17781 – Pres. Marvulli; rel. De Roberto, là dove la Suprema Corte afferma che la sentenza di applicazione della pena su richiesta *ex art. 444 c.p.p.* sarebbe idonea a vincolare nel giudizio civile risarcitorio quanto all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, v., condivisibilmente, PENASA, *Brevi note sugli effetti della sentenza di patteggiamento nel giudizio civile*, in *Corr. giur.*, 2007, 997 ss.; cfr. IAFISCO, *Osservazioni in tema di accertamento "dubbioso", efficacia in altri giudizi ex art. 654 c.p.p. e uso come prova della sentenza penale irrevocabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2002, 586 ss., spec. 599 ss..

5. *Declinazione della tesi dell'efficacia negativo-preclusiva del giudicato nell'ordinamento processuale inglese, ove il riesame dei fatti accertati dalla Commissione è impedito in chiave di "abuse of the process of the court".*

Proseguiamo nell'illustrazione degli effetti suscettibili di essere ascritti alle decisioni della Commissione invocate in processi civili "*de eadem re*", non senza osservare come la questione agitata al fondo della nostre riflessioni sia inevitabilmente destinata a ripercuotersi pure sul versante del riconoscimento delle sentenze di merito provenienti da quegli ordinamenti stranieri in cui, accogliendosi una nozione assai lata e perfino eccentrica dell'efficacia di accertamento delle decisioni dell'esecutivo comunitario, il giudice *a quo* potrebbe avere ben ritenuto – in occasione, ad esempio, di un giudizio risarcitorio che veda nel ruolo di convenuta per il risarcimento del danno un'impresa sanzionata dalla Commissione per abuso di posizione dominante posto in essere nei confronti di una cerchia determinata di imprese sue contraenti – come già acclarato dalla Commissione, ed esaurito dunque in una sede extraprocessuale, il tema dell'*an debeatur*, appuntando la propria cognizione esclusivamente sui soli profili del *quantum* del credito azionato.

Ebbene, in una siffatta prospettiva, il diniego del riconoscimento del provvedimento straniero dovrebbe apparire per certo ineludibile, se si accolgano come preminenti i principi dell'incomprimibilità del diritto di difesa e dell'indipendenza della giurisdizione (soggezione del giudice alla legge secondo l'art. 101, co. II, Cost.), quali enucleati dalla costante giurisprudenza costituzionale in parte riassunta al paragrafo precedente, le quante volte emerga dalla motivazione dell'arresto riconoscendo un supino appiattimento del giudice *a quo* sui motivi posti dalla Commissione a fondamento della propria decisione. Segnatamente, l'ipotesi summenzionata si lascerebbe qualificare *sub specie* di violazione dell'ordine pubblico processuale, rilevante a mente dell'art. 34, n. 2, Reg. 44/2001 nell'interpretazione estensiva di tale

enunciato data dalla Corte di giustizia¹⁹⁰, per l'evidente *vulnus* del diritto alla prova che si sarebbe consumato nel processo *a quo* in danno dell'impresa convenuta (ove ad es. le fosse stata negata la possibilità di offrire prova contraria rispetto ai fatti accertati dalla Commissione).

Alla stessa stregua, il rilevato contrasto logico tra la sentenza di un giudice di uno Stato membro e la decisione della Commissione (che è atto di diritto comunitario derivato, direttamente efficace negli Stati membri senza bisogno di riconoscimento) resa sul medesimo episodio sostanziale di violazione del diritto della concorrenza, non potrebbe ostare al riconoscimento del provvedimento straniero per ritenuta contrarietà della sentenza straniera con una precedente decisione nel foro dello Stato *ad quem* giusta quanto previsto dall'art. 34, n. 3 oppure n. 4, Reg. 44/2001. Difetterebbe, in questa ipotesi, ogni omogeneità strutturale tra i provvedimenti in presunto conflitto. Non potrebbe infatti equipararsi la decisione amministrativa della Commissione alla "decisione" di un giudice di uno Stato membro¹⁹¹, per quanto di quest'ultima nozione si professi da più parti, e dalla stessa Corte di giustizia, la necessità di fornire un'interpretazione autonoma¹⁹², atta ad includere tanto provvedimenti che siano frutto

¹⁹⁰ Su cui valga il richiamo a DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico "processuale" ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale "europeo"*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, cit., t. II, 893 ss., spec. 941 ss..

¹⁹¹ E tanto, non solo in ragione del fatto che la decisione della Commissione non potrebbe mai dirsi tecnicamente pronunciata "tra le medesime parti" del processo nazionale, non instaurandosi tra denunziante ed impresa indagata alcun contraddittorio nel corso dell'istruttoria svolta dalla Commissione (a tacere del fatto che ne mancherebbe per definizione il presupposto le quante volte la Commissione proceda *ex officio*). Ma soprattutto a motivo della circostanza che *la Commissione non accerta diritti soggettivi* o il modo d'essere di rapporti giuridici sostanziali, bensì compie accertamenti di fatto e valutazioni in diritto in funzione di elevare sanzioni nei confronti delle imprese, ciò che basta a porla al di fuori dei confini della giurisdizione. Né sarebbe un indicativo indice in segno contrario il fatto che la Corte di giustizia abbia talvolta riconosciuto la legittimazione al rinvio pregiudiziale in capo ad Autorità indipendenti nazionali. Noto è infatti che tale prerogativa del potere di rinvio pregiudiziale, così come è attribuita a tutti gli organi autenticamente giurisdizionali (che rispondano ai caratteri di precostituzione, indipendenza, imparzialità, soggezione alla legge) è però negata agli arbitri rituali, per ragioni che esulano evidentemente dal *proprium* della funzione da essi svolta. Tutto ciò osta a trarre conclusioni da un siffatto indice.

¹⁹² V. BARIATTI, *What are judgments under the 1968 Brussels Convention?*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, cit., t. II, 831 ss., 849-850, che peraltro suggerisce cautela nell'adozione di un simile approccio, dal momento che la Conv. Bruxelles ed, oggi, il Regolamento 44/2001 utilizzano la nozione di "decisione" anche con riguardo ai prodotti giudiziari di

del principio dispositivo portato al massimo grado – *consent judgments* inglesi ed *Annerkenntnisurteile* tedesche, per fare due noti esempi –, quanto manifestazioni di giurisdizione esorbitanti dall'alveo del giudizio, propriamente inteso come vaglio sul merito della domanda¹⁹³, allo scopo di favorire la massima circolazione dei provvedimenti degli Stati membri nello spazio giudiziario europeo.

Da escludere parrebbe anche, nella medesima ipotesi, un diniego di riconoscimento della sentenza straniera fondato sul motivo previsto dall'art. 34, n. 1, Reg. 44/2001, e così sulla violazione dell'ordine pubblico materiale dello Stato membro richiesto – di cui le norme comunitarie sulla concorrenza fanno parte (sent. *Eco Swiss e Van Schijndel*) – per come conformato dalla decisione della Commissione che abbia fatto applicazione dei divieti di concorrenza sanciti dal Trattato. Invero, con salvezza dell'ipotesi in cui la sentenza riconosca e la decisione della Commissione si palesino in contrasto pratico, “esteriormente” e subito apprezzabile: nel qual caso il giudice del riconoscimento sarebbe senz'altro tenuto a negare l'ingresso al provvedimento straniero così da preservare l'effettività di un atto comunitario direttamente efficace e da presumersi valido fino all'annullamento da parte dei competenti giudici comunitari; al di fuori di questo caso eccezionale, ogni indagine diretta a verificare la correttezza della sentenza straniera alla luce degli accertamenti in fatto e in diritto compiuti dalla Commissione quali contenuti nella motivazione posta alla base del provvedimento sanzionatorio, si risolverebbe in un inammissibile riesame del merito della decisione

Stati terzi, che potrebbero non rispecchiare tutti i requisiti delle decisioni desumibili dalle tradizioni processuali degli Stati membri. Il problema, ben si vede, è da porsi anche “intracomunitariamente”, e specie a seguito dell'allargamento dello spazio giudiziario a sistemi processuali tanto diversi e diversificati.

¹⁹³ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 953, con riferimento al seminale e notissimo caso *Gambazzi* (C. giust., 2 aprile 2009, in causa C-394/07) ed, ancor più recentemente, D'ALESSANDRO, in *Int'l lis*, 3/2011, nota alla sentenza di riconoscimento del provvedimento inglese resa dalla Corte d'appello di Milano, peraltro con motivazione di dubbia conformità alle indicazioni che lo stesso giudice d'appello remittente aveva ricevuto dalla Corte di Lussemburgo, quanto al tipo di vaglio da condurre onde saggiare la “tenuta” del provvedimento riconoscendo alla luce dei canoni dell'ordine pubblico processuale europeo, dovendo avere riguardo alla proporzionalità tra la sanzione processuale applicata dal giudice *a quo* e l'inottemperanza all'ordine di *disclosure* di cui si era resa responsabile la parte convenuta (l'avv. *Gambazzi*) “bandita” (*debarred*) forzatamente dal contraddittorio nel processo inglese *a quo* e condannata indi in contumacia.

straniera da parte del giudice dello Stato *ad quem*, ciò che nell'ambito dello spazio giudiziario europeo risulta precluso dallo stesso diritto comunitario uniforme (art. 36, Reg. 44/2001).

Questo breve *excursus*, dal taglio volutamente pratico ed in qualche modo già indicativamente partigiano, vuol servire ad introdurre l'illustrazione del modo peculiare di intendere l'efficacia delle decisioni della Commissione in un ordinamento, come quello inglese, che conosce un'efficacia del giudicato piuttosto idonea a lasciarsi definire capillare, se non quasi "puntigliosa", poiché in quel sistema il fenomeno dell'incontrovertibilità propria dell'accertamento giudiziale definitivo si produce con riguardo anche alle singole questioni di fatto o di diritto su cui si sia appuntata la cognizione del giudicante ai fini della decisione, ed ancorché non costituenti l'oggetto di vere e proprie questioni pregiudiziali di merito¹⁹⁴. Non intendiamo qui sottoporre a indagine la nota quanto inesaurita problematica relativa alla necessità, che si pone in sede di riconoscimento delle sentenze straniere, di verificare e, se del caso, ripermire la latitudine del giudicato straniero secondo i criteri propri dell'ordinamento di ricezione (che ben possono risultare diversi ed *in thesi* più restrittivi di quelli accolti dall'ordinamento d'origine), la quale è al fondo delle contrapposte tesi dell'assimilazione ovvero dell'estensione degli effetti della sentenza straniera: l'una o l'altra prevalenti a seconda anche del diverso momento storico, ora più ora meno favorevole all'apertura ai valori internazionali¹⁹⁵. Si tratta invece soltanto di indagare

¹⁹⁴ V. CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in ID., *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, 33, il quale argomenta che una simile efficacia di accertamento scaturente dalla pronuncia del giudice anglosassone andrebbe soggetta, secondo la teoria della confinazione degli effetti delle sentenze straniere entro i limiti oggettivi (e soggettivi) propri del giudicato nello stato di ricezione, a una *deminutio* "tenuto conto che in Italia su tali ricognizioni non si formerebbe alcun vincolo ritenuto dal nostro esigente ordinamento affidabile (anche se è vero che la cura devoluta alla questione incidentale dal giudice straniero potrà essere notevole proprio perché la dottrina del *collateral estoppel* sarà a lui ben presente)".

¹⁹⁵ Per un'ampia trattazione, v. CONSOLO, *op. cit.* alla nt. prec. e CHIZZINI, *Note introduttive sugli effetti del riconoscimento delle sentenze straniere: dalla lex fori alla lex causae*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale*, cit., t. II, 749 ss., il quale, in critica alla tesi della c.d. doppia confinazione (Consolo), e sulla scia della moderna processualistica tedesca, propone di far ricorso alla *lex causae*, regolatrice del rapporto giuridico sostanziale oggetto del giudicato, quale metro di riferimento per definire la portata del giudicato straniero.

ora il modo in cui l'accertamento giudiziale si forma nell'ordinamento inglese, e di metterlo a confronto con l'ipotesi peculiare in cui rilevi tra le parti l'esistenza di una decisione della Commissione sul medesimo "episodio della vita".

Iniziamo, allora, col premettere qualche cenno generale su quell'ordinamento processuale, necessario a meglio comprendere e sottoporre a vaglio critico la portata dei precedenti in materia che nel seguito esamineremo. Merita così ricollegarsi ai risultati in precedenza attinti con riguardo all'indipendenza della giurisdizione ed all'impossibilità, derivante da superiori precetti costituzionali, di sottoporre la cognizione del giudice al vincolo degli accertamenti compiuti da organi della p.a., ed osservare che, al fondo delle ovvie divergenze dovute a fattori spesso e volentieri contingenti e slegati da ragioni strettamente giuridiche, anche nei paesi anglosassoni si è affermato il principio secondo cui l'accertamento amministrativo è inidoneo a "fare stato" nel processo civile avente ad oggetto diritti soggettivi o rapporti giuridici, la cui fattispecie sia resa occasionalmente oggetto – ai più disparati fini previsti dal legislatore – di autonomi accertamenti demandati ad organi della p.a.. La casistica rilevante, a questo riguardo, presenta anzi notevoli tratti di somiglianza rispetto a quella tratta dalla giurisprudenza costituzionale esaminata nel paragrafo precedente¹⁹⁶. In particolare, la giurisprudenza inglese si

¹⁹⁶ Un esempio eloquente, che ricorda da vicino la vicenda del "Genio civile" nostrana, può ritrarsi da un lontano precedente del 1913 reso dai Lords nel caso *Local Government Board v. Arlidge*. Le leggi inglesi sulla bonifica delle zone paludose avevano attribuito alle autorità locali il potere di certificare lo stato di inabitabilità degli edifici situati nelle aree interessate. Il proprietario di un immobile interessato da un provvedimento di inabitabilità si appellò al *Local Government Board*, che incaricava un ispettore di svolgere un'inchiesta pubblica, cui il proprietario veniva invitato a partecipare con l'assistenza di un legale. A conclusione delle operazioni di ispezione, il *Local Government Board*, considerato il rapporto stilato dall'ispettore incaricato e le prove raccolte da quest'ultimo, rigettava il ricorso del proprietario. Questi impugnava la decisione della p.a. avanti all'autorità giudiziaria ordinaria, lamentando che l'amministrazione aveva assunto la propria decisione, lesiva del suo diritto di proprietà, esercitando un notevole grado di discrezionalità nel determinare l'abitabilità dell'edificio ed in esito a un procedimento non rispettoso del contraddittorio, atteso che né il nominativo del funzionario responsabile né il contenuto del rapporto dell'ispettore nominato dalla p.a. erano stati resi noti al proprietario, cui era stata pertanto negata la possibilità di apprezzarne e contestarne il contenuto. Il caso raggiunse la *House of Lords*, che tuttavia, pur rilevando il carattere non giurisdizionale del *Local Government Board*, ed osservando che a tale organo erano demandate funzioni prettamente d'amministrazione, ancorché, in base alla legge istitutiva, il suo *modus agendi* potesse essere definito quasi-giustiziale, riteneva insindacabili le procedure cui esso si era attenuto, rilevando altresì che l'unica sanzione per l'operato della p.a. sarebbe stata la responsabilità ministeriale nei confronti del Parlamento del dicastero da cui dipendeva l'organo, il

esprime in termini di irriperibilità del fenomeno dell'*issue estoppel* agli accertamenti in fatto compiuti in una sede extraprocessuale da commissioni od altre articolazioni dell'amministrazione munite di poteri di vigilanza e di indagine, finalizzati alla tutela di interessi pubblici¹⁹⁷.

Occorre ora definire la nozione di *issue estoppel*, traducibile da noi (senza con questo voler evocare la nota problematica dell'ammissibilità dell'azione di accertamento mero su questioni e dell'"oggetto minimo" del giudizio) come "giudicato su questioni" (anche di mero fatto), che abbiano costituito l'antecedente logico della decisione di merito, e che fa da *pendant* al ben diverso *cause of action estoppel* (che opera come limite alla riproposizione della medesima azione tra le stesse parti, e dunque quale autentico effetto preclusivo di *bis in idem*), ossia all'altro modo di operare dell'istituto dell'*estoppel per rem iudicatam*, di cui quelli appena enunciati rappresentano le due principali manifestazioni.

Venendo così ad un esame più ravvicinato dei caratteri distintivi dell'*issue estoppel*, subito ci si avvede che esso impedisce non solo il riesame nei futuri processi delle singole questioni di fatto e di diritto effettivamente trattate e poste alla base della

cui operato era caduto in contestazione. Il valore di precedente della pronuncia in commento è stato criticato e progressivamente abbandonato dalla giurisprudenza successiva per l'estrema limitazione del sindacato giudiziale che sottendeva: v. GALLIGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, 1986, 250 ss..

¹⁹⁷ Così, *The European Gateway and The Speedlink Vanguard* [1986] 3 All ER 554, QBD, che afferma: "the principle does not apply to a court of formal investigation set up by the Secretary of State for Transport to determine the cause of a shipping collision, because the function of such a court is principally investigatory and its primary purpose to preserve a reasonable standard of safety at sea rather than to determine civil liability as between contending ship owners". Chiara, del resto, è invece la differenza della fattispecie e la ragione giuridica per cui si afferma che "the principle does apply to an inspector, appointed by the Secretary of State to determine planning appeals, in favour of someone appealing against an enforcement notice, that a building or use of land was permitted or beyond the reach of enforcement proceedings" (così, *Thrasylvoulou v Secretary of State for the Environment* [1990] 1 All ER 65, HL) venendo allora in gioco il principio dell'affidamento del proprietario nei confronti della p.a., la quale, se prima ha dichiarato essere non espropriabile un determinato immobile sulla base di un certo piano regolatore, non potrebbe in seguito pretenderne l'esproprio senza mutare prima l'atto generale. L'efficacia pregiudiziale della motivazione del provvedimento sanzionatorio assunto all'esito di una *regulatory investigation* è invece coerentemente negata nel giudizio di responsabilità dell'amministratore, *Re Barings (No. 2)*, [1999] 1 All ER 311, cit. da STÜRNER, *Duties of disclosure and burden of proof in the private enforcement of European competition law*, in BASEDOW, *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007, 163 ss., 187, nt. 99.

decisione pronunciata all'esito di un precedente giudizio (avente un diverso oggetto ma) tra le medesime parti. Risultano infatti "coperte" da *estoppel* tutte le questioni "*which are so clearly part of the subject matter of the litigation, so clearly could have been raised that it would be an abuse of the process of the court to allow a new proceeding to be started in respect of them*"¹⁹⁸.

Sotto l'etichetta dell'"*abuse of process*" s'accoglie dunque una figura processuale in tutto simile benché non completamente assimilabile¹⁹⁹ ad una preclusione del dedotto e del deducibile, dalla nostra stessa dottrina, per vero, desunta solo in via interpretativa dall'art. 2909 c.c., che tace al riguardo. Quest'ultima nozione di *abuse of process*, aggiungasi, è ontologicamente diversa rispetto a quella di *issue estoppel* in senso stretto e riguardante, come acquisito, le sole questioni effettivamente dibattute tra le parti del precedente giudizio.

È il caso *Hunter v Chief Constable of West Midlands*²⁰⁰ che più di altri ha contribuito a mettere a fuoco la pressoché netta separatezza tra tali due concetti e la precipua *policy* sottesa alla nozione di *abuse of process*, che poco o nulla ha a che vedere – conviene precisarlo sin d'ora e fugare subito il dubbio, pur legittimo, che

¹⁹⁸ Così il *leading precedent* della Court of appeal nel caso *Greenhalgh v Mallard*, [1947] 2 All ER 235, CA, per Somervell LJ, cit. in SPENCER-BOWER-TURNER-HANDLEY, *The doctrine of res judicata*, 3rd ed., London-Edinburgh-Dublin, 1996, 446.

¹⁹⁹ Valga come esempio la fattispecie decisa nel precedente *Macdougall v Knight*, [1890] 14 App Cas 665, assai datato ma ancor'oggi *authoritative precedent*, là dove ha ritenuto preclusa da precedente giudicato un'azione risarcitoria fondata su talune parti di uno scritto asseritamente diffamatorio, proposto dopo che una prima azione, fondata su altre parti del medesimo scritto, era stata rigettata nel merito. Sulla scorta di tale precedente, nel caso *Montgomery v Russel*, [1894] 11 TLR 112, CA, la Court of appeal rigettava come inammissibile per *abuse of process* l'azione di risarcimento del danno per diffamazione intentata dall'autore di un libro nei confronti di due critici letterari, i quali, assolti da una prima azione di diffamazione deducendo la diffamatorietà della loro recensione all'opera dell'autore, avevano ripubblicato la medesima recensione unitamente ad estratti dagli atti del primo processo. Potrebbe, a questo punto, domandarsi, formulando un esempio di maggiore attualità e rilevanza: la proposizione di una domanda, deducendo alcuni soltanto degli inadempimenti assunti alla base di una delibera di azione sociale di responsabilità contro gli amministratori, preclude la proposizione di una nuova azione di responsabilità fondata su fatti non dedotti nel primo processo e ben suscettibili di integrare una autonoma *causa petendi*, ancorché alla società già noti al tempo del primo processo (e di vero assunti alla base della prima delibera sociale dell'azione di responsabilità)? In tal senso, rilevando gli estremi di un abuso del processo, v. Trib. Verona, (ord.), ottobre 2011, inedita, ma con nota di chi scrive di prossima pubblicazione.

²⁰⁰ [1980] 2 All ER 227. Per una più ampia disamina ed ult. rife. v. KEANE, *The modern law of evidence*, 5th ed., London-Edinburgh-Dublin, 2000, 602 ss..

aleggia – con quella di “abuso del processo”, che nell’ultimo periodo si è fatta strada anche nel nostro ordinamento, ad opera di alcune assi note e però anche largamente controverse pronunce, cui non si mancherà di fare debito cenno nel paragrafo successivo. Esaminiamo ora il precedente in parola: esso concerneva l’azione civile risarcitoria promossa da alcuni imputati di un processo penale dopo che questi erano stati condannati sulla base di confessioni che essi asserivano esser state loro estorte con violenza da alcuni agenti di custodia. Soltanto a seguito del processo penale – che aveva visto respinta l’eccezione di inammissibilità delle dichiarazioni confessorie degli imputati all’esito di un sub-procedimento di *voir dire* (ossia *apud iudicem* ma senza giuria) –, nel corso di un procedimento disciplinare officiosamente avviato dalla p.a. penitenziaria nei confronti delle guardie, venivano acquisite perizie mediche idonee a comprovare la tesi degli imputati.

Investita dell’azione risarcitoria promossa da questi ultimi, nondimeno, La Court of Appeal riteneva che la domanda fosse preclusa poiché fondata su prove (le perizie mediche) che avrebbero potuto essere prodotte già nel corso del processo penale usando la normale diligenza. Quale motivo concorrente di rigetto della domanda, tuttavia, la *majority* della Court of Appeal affermava altresì che a nulla sarebbe valso dagli attori argomentare nel senso della diversità delle parti del giudizio penale e del successivo processo civile, atteso che sarebbe stato nella natura propria dell’*issue estoppel* di impedire a una parte di contestare in futuri processi un accertamento a sé *sfavorevole* (ben potendo, di contro, avvalersene *in utilibus* il suo contraddittore, pur estraneo al previo giudizio: con soluzione che avrebbe dunque ricalcato, a ben vedere, la previsione dell’art. 1306 c.c., ma che si sarebbe voluta colà operante in via generale e al di fuori dei limiti circoscritti della solidarietà), e purché la parte vincolata all’accertamento avesse avuto una “*full and fair opportunity of defending himself*” nel previo giudizio²⁰¹.

²⁰¹ *Per* Lord Denning, MR: “I know that the Crown is in law the prosecutor and that the police are different persons. But they can pray in aid the estoppel, it being in favour and not against them. If need be, I would say that the police are in privity with the Crown”.

Di diverso tenore era la decisione della House of Lords²⁰². Essa negava che la domanda risarcitoria fosse da rigettare in forza di *issue estoppel*, operante, si precisava, esclusivamente nei rapporti tra disinti processi civili, e respingeva altresì la tesi dell'efficacia unilaterale del giudicato sfavorevole alla parte su singole questioni. Il rigetto della domanda risarcitoria degli attori veniva invece ricondotto alla figura dell'*abuse of process*, reputandosi che tale azione “*had been brought for the purpose of mounting a collateral attack on a final decision against the plaintiff which had been made by another court of competent jurisdiction in previous proceedings in which the plaintiff had a full opportunity of contesting the decision*”. La questione nodale, concernente l'ammissibilità della confessione su cui era basata la sentenza di condanna penale, argomentavano i Lords, avrebbe potuto essere utilmente dibattuta dagli imputati nei gradi di appello del giudizio penale, ben potendo costoro già in quella sede espletare la perizia medica, solo successivamente per loro negligenza acquisita.

Della figura dell'*abuse of process* si ribadiva così, al tempo stesso, in termini alquanto circoscritti, la chiara *policy* pubblicistica, non legata ad intrinseche esigenze tecnico-processuali e rispondente piuttosto alla necessità di evitare la riapertura illimitata di processi penali conclusi da sentenze definitive, prefigurando in sede civile ragioni di ingiustizia di quelle²⁰³.

²⁰² [1981] 3 All ER 727, HL.

²⁰³ Ibid, § 541. V. altresì SPENCER-BOWER-TURNER-HANDLEY, *op. cit.*, 447, nt. 63, che rilevano: “The converse rule that actions for malicious prosecution, malicious arrest and false imprisonment are only maintainable if the earlier proceedings have terminated in favour of the plaintiff is based on the same broad reasons of public policy that underpin the doctrine of *res judicata*. It is a “policy which could not allow a criminal prosecution ... terminating [in favour of the plaintiff] to be tried over again on its merits”: *Commonwealth Life Assurance v Smith* (1938) 59 CLR 527 at 538. As Byles J said in *Basébé v Matthews* (1867) LR 2 CP 684 at 687: “If this were not so almost every case would have to be tried over again on its merits”. As long as conviction stands no one against whom it is producible is permitted to aver against it: *Bynoe v Bank of England* [1902] 1 KB 467 CA, at 470. See also *O'Connor v Isaacs* [1956] 2 QB 288 at 325, CA, 338-9, 357-8, 359-60, 364-5”. L'autonomia concettuale che la figura dell'*abuse of process* si ritaglia nel diritto processuale inglese è rispecchiata altresì dalle *Civil procedure rules*. La CPR r. 3.4 prevede infatti che: “A Court may strike out a statement of case if it appears to the court ... (b) that the statement of case is an abuse of the court's process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings”. Le *Practice Directions* specificative (PD 3A – *Striking out of a Statement of Case*) stabiliscono inoltre: “1.5 A claim may fall within rule 3.4 (2) (b) where it is vexatious, scurrilous or obviously ill-founded”. Diverso ancora è invece l'autentico illecito di abuso del processo, ivi noto come *tort of abuse of process*, idoneo a fondare un'azione risarcitoria autonoma, su cui si è espressa

Disponiamo ora di tutti gli strumenti per analizzare criticamente la *ratio decidendi* del precedente *Iberian U.K. Ltd v BPB Industries Plc*²⁰⁴, che rappresenta ancor'oggi il *leading precedent* in materia di azioni civili susseguenti a decisioni assunte dalla Commissione all'esito di procedimenti *antitrust*.

Non più di qualche cenno è da spendere con riguardo alla piana fattispecie in fatto e processuale. Tra il 1984 ed il 1987 la Iberian UK importava nel Regno Unito cartongesso proveniente dalla Spagna, di miglior qualità e minor prezzo rispetto a quello prodotto localmente dalla BPB, che deteneva il 90% del mercato. Onde mantenere intatta la propria quota di mercato e allo scopo di assicurarsi la fedeltà della clientela, la BPB iniziava a praticare sconti e prezzi predatori sulle vendite. Tali condotte venivano denunciate alla Commissione dalla Iberian quali abuso di posizione dominante vietato dall'art. 86, Tr. CE. La Commissione avviava un'istruttoria che si concludeva con l'irrogazione di una sanzione pecuniaria a carico della BPB. La decisione della Commissione, impugnata dalla BPB, veniva confermata dal Tribunale di

recentemente, negandone gli estremi con riguardo alla proposizione strumentale di un ricorso amministrativo, la High Court: *Land Securities plc (and ors.) v Fladgate Fielder (a firm)*, [2009] EWHC 577 (Ch), in *Judicial Review*, 3/2009, nt. CROSS, *The Tort of Abuse of Process and Judicial Review: A Disincentive for the Rival Challenge?*. Il caso di specie, dallo spiccato gusto aneddotico, merita qualche considerazione. I *solicitors* di uno studio legale londinese, con loro grande stupore, si avvedevano dell'imminente avvio della ristrutturazione di un complesso residenziale prospiciente ai loro locali. Stimando che le immissioni prodotte dal cantiere avrebbero provocato un decremento della concentrazione dei professionisti e fatalmente ...del fatturato, nella misura del 25% annuale, essi studiavano il modo per far desistere l'impresa appaltatrice e proprietaria del complesso dall'iniziare i lavori programmati. Appreso che il permesso edificatorio era stato a quest'ultima concesso a fronte d'una convenzione urbanistica, mediante la quale l'appaltatrice si era impegnata a sviluppare un complesso edilizio di abitazioni popolari in una zona periferica della città, per amore del silenzio gli avvocati in questione contestavano stragiudizialmente la validità della convenzione, minacciando di impugnarla ed in seguito effettivamente promuovendo un ricorso amministrativo avverso gli atti conseguenti, onde indurre l'appaltatrice a compensare economicamente le perdite che i lavori avrebbero arrecato ai suoi dirimpettai. Per tutta risposta l'appaltatrice citava lo studio legale per danni derivanti dall'impugnativa giudiziale avversaria, definita abusiva e come tale illecita. La domanda risarcitoria, nondimeno, veniva respinta dalla High Court, che rilevava come gli avvocati convenuti, a mezzo della propria condotta processuale, non avevano fatto altro che "seeking to protect in some way their interest in and enjoyment of their property". E quanto alla pretesa prevalenza del pubblico interesse alla realizzazione dell'edilizia popolare, osteggiato dalla scarsa propensione filantropica dei convenuti, sempre la High Court, empatizzando con le esigenze di quelli è da credere, aveva a rilevare, esattamente *in iure*, che: "they are under no obligation to have a high-minded desire to put right the working of the affordable housing scheme or planning procedures in Westminster".

²⁰⁴ [1996] 2 CMLR 601, *per* Laddie J.

primo grado. Un successivo ricorso della BPB avanti alla Corte di giustizia veniva parimenti respinto. La Iberian, la quale aveva attivamente partecipato sia al procedimento istruttorio avviato dalla Commissione sia ai due giudizi di impugnazione avanti ai Giudici comunitari, proponeva una domanda risarcitoria, con *petitum* di condanna agli *exemplary damages*, nei confronti della BPB. La High Court così adita veniva *in limine* richiesta di pronunciare un *order* non definitivo sulle seguenti questioni pregiudiziali (per brevità trascritte):

“(a) whether the finding of fact set out in the Commission Decision, the Judgment of the Court of First Instance and/or the Opinion of the Advocate General and Judgment of the European Court of Justice are *admissible* in the present proceedings.

(b) whether the Commission Decision, the Judgment of the Court of First Instance and/or the Opinion of the Advocate General and Judgment of the European Court of Justice are *conclusive as to those facts* in the present proceedings.

(c) whether the conclusions as to the interpretation and/or applicability of Article 86 EC set out in the Commission Decision, the Judgment of the Court of First Instance and/or the Opinion of the Advocate General and Judgment of the European Court of Justice are *admissible* in the present proceedings.

(d) whether the conclusions as to the interpretation and/or applicability of Article 86 EC set out in the Commission Decision, the Judgment of the Court of First Instance and/or the Opinion of the Advocate General and Judgment of the European Court of Justice are *conclusive of such issues* in the present proceedings”.

Secondo l’attrice, in particolare, l’efficacia vincolante della decisione della Commissione, divenuta definitiva a seguito del vano esperimento dei ricorsi avanti ai Giudici comunitari da parte della convenuta, avrebbe trovato un duplice appiglio nel diritto processuale interno: il vincolo sarebbe disceso vuoi dall’istituto dell’*(issue) estoppel*, vuoi dal fatto che le contestazioni della convenuta, la quale negava l’esistenza dei fatti costitutivi del diritto azionato dall’attrice, per come accertati dalla Commissione, avrebbero dovuto ritenersi inammissibili per *abuse of process*.

La motivazione della High Court prende le mosse dalla solo apparentemente meno complessa soluzione del primo profilo, per escludere che il procedimento condotto avanti alla Commissione possa qualificarsi come “*judicial proceeding before a*

competent court”, a dispetto del suo carattere “*adversarial*”, peraltro solo eventuale, e rilevando che tale procedimento, in ogni caso, non dischiuderebbe ancora una vera e propria “*lis*” tra l’impresa indagata e la denunziante, vertente su diritti soggettivi²⁰⁵. Questo stesso argomento, imperniato sull’oggetto amministrativistico del giudizio svoltosi innanzi ai Giudici comunitari (che si assumeva oggettivamente limitato all’accertamento dei vizi dell’atto impugnato²⁰⁶), consente al giudice inglese di

²⁰⁵ Per Laddie J, § 30: “Proceedings before the Commission are *sui generis*. They are neither criminal or civil proceedings between the same parties. They are not within Lord Diplock’s characterisation. Procedure which is administrative without the presence of the complainant is not changed into a court proceeding merely because the complainant may be allowed, if he so requests, to intervene and make submissions. The procedure is still one which is essentially between the Commission and the investigatee. **The Commission does not pretend to resolve issues of liability as between the investigatee and the complainant.** It has the duty to police the competition provisions of the Treaty and the power to impose fines for the benefit of the public” (ns. enfasi). Si coglie qui un’evidente analogia di *rationes* con la dottrina processualistica che, negando solo apparenti analogie tra procedimento amministrativo e processo, non manca di rilevare che “costituisce soltanto un ‘accidente’ se il predetto *iter*, in alcune ipotesi, si svolga in contraddittorio dei destinatari del provvedimento ed assuma, così, una struttura più articolata” (così, PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673 ss., 677); inane, alla luce della assorbente diversità funzionale, rimane a tal fine la considerazione secondo cui “attorno al nucleo caratterizzante dei poteri di accertamento, la legge 287 (come anche il Decreto legislativo n. 74) attribuisce all’Autorità una serie di poteri strumentali da esercitare secondo procedure atte a far sì che l’attività di accertamento avvenga nel rispetto del principio del contraddittorio. Si tratta di poteri e regole procedurali – assimilabili concettualmente a quelle contenute per esempio nei codici di procedura civile –, che concorrono a caratterizzare l’Autorità come amministrazione giustiziale”: così CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell’autorità garante della concorrenza e del mercato*, in BASSI-MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 115 ss., 131. Quanto alla negazione della natura contenziosa del procedimento amministrativo avanti alla Commissione, può anche con tale rilievo condividersi, pur senza attingere a più risalenti contributi (v. CALAMANDREI, *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, 3 ss., con *Postilla* di CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale*, *ivi*, 23 ss.), facendosi solo constare la verità dell’assunto secondo cui la Commissione non si pronuncia in ogni caso sulla responsabilità civilistica tra denunziante e impresa sottoposta al procedimento. In termini analoghi, v. DELLA CANANEA, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in FRANCIOSI (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Milano, 2003, 75 ss., 89, con riferimento al giudizio di stretta legittimità degli atti delle *public authorities* avanti alla High Court inglese.

²⁰⁶ Per riferimenti alle soluzioni prospettate dalla dottrina italiana, in prevalenza orientata comunque nel senso esposto nel testo, v. NEGRI, *op. cit.*, 219 ss., la quale osserva che una diversa soluzione si imporrebbe – dovendosi in tal caso sottoporre a rimediazione i rapporti di influenza tra giudicato amministrativo e processo civile nelle fattispecie di rilevanza *antitrust* – qualora si riconoscesse (ed in tal senso v. SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità Garanti. I. Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 2000, 146 ss.) che l’oggetto del giudizio impugnatorio, volta che sia rimosso costitutivamente lo schermo dell’atto dell’autorità garante per accertata sussistenza dei vizi lamentati dal ricorrente, si estenda sostitutivamente pure all’accertamento definitivo della fattispecie sostanziale posta alla base dell’atto annullato.

mantener salda la conclusione raggiunta circa l'inoperatività dell'*issue estoppel* nel caso di specie: poiché non vi era stata lite tra le due imprese avanti alla Commissione, non rilevava neppure che la denunziante avesse assunto formalmente il ruolo di "parte" nei successivi gradi del giudizio di annullamento della decisione della Commissione, ancorché entrambi si fossero conclusi con la condanna alle spese della ricorrente BPB in favore della denunziante.

Veniamo ora al rimanente e decisivo lembo della decisione, che però è anche il più fragile, giuridicamente. La motivazione comincia infatti a colorarsi di una serie di considerazioni fattuali, senz'altro di gran presa (durata ultradecennale del processo comunitario nei suoi vari gradi; spese ingentissime sostenute dalle parti in tali sedi; durata già settennale del processo inglese), ma che poco hanno a che vedere con la soluzione da darsi alla questione posta dall'attrice, circa la vincolatività degli accertamenti della Commissione nel processo civile. È solo quando il giudice inglese inizia a descrivere il ruolo della Commissione in materia di concorrenza che si inizia ad intravedere un barlume di possibile soluzione. Non convincente è però l'esito attinto dalla certissima analisi dei precedenti comunitari (in larga parte esaminati nella prima parte del lavoro), che porta il giudice inglese ad attribuire alla Commissione una "*primary function as a fact finder*". Laddove essa compie accertamenti di fatto finalizzati all'irrogazione delle sanzioni, infatti, la Commissione gode di una "*shared jurisdiction*", condivisa con i giudici nazionali, come la stessa High Court non manca di notare. Dal che, avrebbe pure dovuto desumersi, al di fuori del caso delle decisioni di esenzione (in base al Reg. 17/1962 all'epoca vigente), nessun vincolo si sarebbe prodotto in capo al giudice nazionale. Ed invece l'enfasi posta dalla Corte di giustizia sull'obiettivo tendenziale di evitare pronunce contrastanti tra Commissione e giudici nazionali su una medesima fattispecie, persuadeva il giudice inglese dell'esistenza di una *policy* comunitaria da cui sarebbe discesa l'impossibilità per l'impresa sanzionata di rimettere in discussione gli accertamenti della Commissione nel corso del processo nazionale. La High Court riteneva quindi di potere fare propria la *ratio decidendi* del precedente *Hunter (v. retro)* e concludeva:

“I think that the underlying rationale in *Hunter* applies here as well. To adopt the sentiments of Jeremy Bentham, to allow the defendants to argue afresh here all those points which they argued and lost in the course of eight or nine years of detailed proceedings before the competition authorities in Europe would be absurd. I can see no compelling reason why they should be allowed a second bite at the cherry for the purpose of persuading the English courts to come to a conclusion inconsistent with that arrived at in Europe. It follows that in my view it would be an **abuse of process** to allow the defendants to mount a **collateral attack on the Commission decision** in proceedings against any party before any national court”.

Che codesti argomenti siano lunghi dal rispecchiare appieno la *doctrine of abuse of process*, per come delineata dalla House of Lords, non pare doversi ulteriormente sottolineare²⁰⁷. Si osservi infatti che, a differenza del precedente deciso dai Lords, non si profilava nel caso *Iberian* alcuna pregnante ragione d’ordine pubblico (diversa dalla tendenziale ed assai generica aspirazione all’armonia decisoria) per cui ogni contrasto anche solo logico con la decisione della Commissione avrebbe dovuto essere evitato. Un ipotetico rigetto della domanda attrice formulata nel processo civile, a ben vedere, quand’anche fondato sull’accertata insussistenza della violazione per cui la convenuta BPB era stata sanzionata dalla Commissione, non avrebbe posto in discussione la

²⁰⁷ Lo stesso giudice Laddie pare da ultimo riconoscerlo con franchezza in un commento redatto successivamente alla pubblicazione della sentenza nel caso *Iberian*, v. ID., *Community Competition Law in English Courts*, in ANDENAS-JACOBS (eds.), *European Community Law in the English Courts*, Oxford, 1998, 165 ss., 177: “Once again the policy considerations which make it so undesirable to permit inconsistent decisions in this most complex and expensive area of litigation, led me to the conclusion that to allow a collateral attack on the Commission decision was also impermissible as a matter of public policy. The result was that BPB could not deny the correctness of that decision in the English proceedings. I am very aware that to some this may appear unorthodox. As lawyers we are taught to believe that no dispute resolution procedure can be better than that made available through our courts and that all subjects have the right to have their disputes resolved by the courts here. I suspect that lawyers in other countries believe the same about their courts. Of course that somewhat xenophobic view has already been severely undermined by the principles of issue estoppel. We decline to let parties re-litigate issues already contested before foreign courts not because we always agree with their decisions or their procedures for reaching them but as a personal fetter on the litigants themselves. So in the case of the Commission, we should bear in mind that we may not be serving litigants well if we allow re-litigation of issues which have been disposed of by that body in one of its specialist functions. It would be most unfortunate if in every other Member State, decisions of the Commission were binding or persuasive but they are ignored”.

portata autoritativa della decisione comunitaria definitiva²⁰⁸, ed impedito così la riscossione della sanzione pecuniaria a carico dell'impresa convenuta nel processo nazionale. La sentenza civile di "assoluzione" della convenuta, per di più, non avrebbe avvicinato nulla di simile ad un motivo di annullamento sopravvenuto dell'atto sanzionatorio o ad un vizio revocatorio della decisione assunta dal Tribunale di Primo Grado e poi dalla Corte di giustizia, nei gradi di gravame. E tanto, si noti, sarebbe bastato a scongiurare qualsivoglia paventato rischio di "*collateral attack*" contro la decisione dell'esecutivo comunitario, non attributiva di alcun "bene della vita" alle parti del processo civile²⁰⁹, la cui spettanza potesse essere rimessa in discussione con un attacco ai fianchi di una precedente statuizione giudiziale. Questa era la *ratio* autentica ed unica del precedente della House of Lords, per cui non rilevava affatto una *policy* generica di armonia decisoria.

La decisione della High Court nel caso *Iberian UK Ltd*, a dispetto delle incongruenze rilevanti già anche solo per diritto interno, rimane il *leading precedent* in materia²¹⁰. E poco importa che, con un recente *revirement* in senso restrittivo riguardo alla efficacia vincolante delle decisioni della Commissione nel processo civile, la House of Lords abbia coerentemente negato ogni effetto positivo-conformativo di tali decisioni là dove queste ultime abbiano per destinatari soggetti diversi dalle parti del processo e

²⁰⁸ A tale ipotesi sembrano fare riferimento FAULL-NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 3rd ed., Oxford, 2007, 172-173, i quali rilevano che il giudice nazionale può semplicemente considerare "the validity of the Commission's decision to be irrelevant to the case it is dealing with", ed evitare così financo di disporre la sospensione del processo in pendenza dell'eventuale giudizio di annullamento promosso avanti ai Giudici comunitari dal destinatario della decisione.

²⁰⁹ Mentre potrebbe al fondo condividersi l'impostazione accolta nel caso *Devenish v Sanofi Aventis*, [2007] EWHC 2394 (Ch), là dove si è ritenuto che il capo di condanna ai danni punitivi sarebbe inaccoglibile nei confronti di un'impresa già sanzionata pecuniariamente dalla Commissione, riconoscendosi una sorta di effetto consumativo della pretesa punitiva dello Stato a fronte di un illecito (civilistico ma) di spiccata dannosità rispetto ad interessi trascendenti quelli facenti capo alle parti. Subentrano però considerazioni di unità dell'ordinamento, che suggeriscono di rimeditare una conclusione che avevamo in precedenza raggiunto (v. *infra, op. cit.* al § VI), nel senso di riconoscere uno spazio all'operare di un effetto preclusivo scaturente dalla decisione della Commissione.

²¹⁰ V., più di recente, *Betws Anthracite Ltd v DSK Anthrazit Ibbenburen GmbH*, [2003] EWHC 2403 [Comm], *per* Morrison J, § 39: "It would be contrary to public policy to allow persons who have been involved in competition proceedings in Europe to deny in the English Courts the correctness of the conclusions reached by the Commission: *Iberian UK Ltd. v. BPB Industries*".

siano appuntate su di un nucleo fattuale soltanto simile ma non già del tutto identico a quello posto a fondamento della domanda²¹¹. Quel che si voleva dimostrare nel presente paragrafo, dopo tutto, era la selva di interpretazioni che questioni di difficile soluzione quanto cruciale importanza in questo settore contribuiscono ad accrescere, con divergenze suscettibili di divenire vieppiù accentuate tra gli ordinamenti degli Stati membri, e che l'anodino linguaggio del diritto positivo (art. 16, Reg. 1/2003), lungi dall'uniformare, non contribuisce affatto (se non nominalmente) a districare.

6. *La presa di posizione ambigua del Tribunale di Milano nel caso del “cartello della gomma”: è negata formalmente l'efficacia conformativa delle decisioni della Commissione nel processo civile, ma la domanda giudiziale, il cui accoglimento porti a contraddirne gli accertamenti, va dichiarata inammissibile per difetto di interesse ad agire (/abuso del processo).*

Le conclusioni sin qui raggiunte, là dove si è negata alle decisioni della Commissione l'efficacia propria del giudicato, ed in specie l'effetto positivo-conformativo che ne deriva, ragionando da premesse teoriche ineludibili, sembrano aver trovato conferma nella giurisprudenza di merito italiana. Sennonchè, nella coppia di pronunce del Tribunale di Milano²¹², per primo investito di una vicenda *antitrust* di rilevanza comunitaria, i principi in precedenza richiamati (v. *retro*, § IV) appaiono per altro verso vacillare.

²¹¹ V. *Inntrepreneur Pub Co. v Crehan*, [2006] UKHL 38, con nt. critica di HANLEY, *The abandonment of deference*, in *CMLR*, 2007, 817 ss., in *overruling* rispetto a [2004] EWCA Civ 637 CA (Civ Div), con finanche stucchevoli esercizi stilistici, nel tentativo di tracciare il solco tra i concetti di “*due deference*” e “*slavishly following*” in riferimento alle decisioni della Commissione *inter alios*, per così dire.

²¹² Trib. Milano, Sez. I, 8 maggio 2009, in *Int'l lis*, 2009, 149 ss., nt. STELLA, *La prima pronuncia di un Tribunale italiano in un caso di c.d. follow-on antitrust litigation e sul valore delle decisioni della Commissione CE in materia*; in *Global Comp. Litig. Rev.*, 2009, 67 ss., nt. MORETTI-NASCIMBENE, *No Scent of “Torpedo”*; CARPAGNANO, *Quot regiones, tot mores. Analisi comparata di alcuni casi recenti in Europa in materia di private antitrust enforcement*, in BENACCHIO-CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*, cit., 235 ss., 245; nonché Trib. Milano, Sez. I, 9 dicembre 2009, inedita.

La fattispecie processuale, che si intende brevemente riassumere, presentava per il vero una spiccata peculiarità. Essa consisteva in due cause distinte, aventi entrambe ad oggetto domande di accertamento negativo. L'una concerneva l'imponente processo litisconsortile instaurato dalle maggiori produttrici europee di gomma sintetica, le quali, già destinatarie di una decisione della Commissione che sanzionava un'intesa vietata dall'art. 81 Tr. CE, chiedevano accertarsi l'inesistenza del cartello sanzionato dalla Commissione, evocando in giudizio una moltitudine di produttori di pneumatici per auto europei, vale a dire i principali acquirenti dell'asserito cartello. L'altro filone della controversia concerneva invece la domanda di accertamento dell'inesistenza del cartello, che l'impresa individuata dalla decisione della Commissione come capogruppo e coordinatrice del cartello europeo aveva promosso nei confronti delle altre imprese sanzionate, onde impedirne i regressi *pro quota* in caso di condanna solidale riportata da alcuna delle altre compartecipi nell'illecito nei confronti degli acquirenti danneggiati. Ambedue le domande subivano un rigetto in rito, per rilevata carenza di interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, frutto di una motivazione alquanto elaborata e che merita d'essere di seguito riprodotta²¹³:

“...pare al Tribunale che le domande qui proposte di accertamento negativo dell'esistenza del cartello e comunque di ininfluenza della dedotta intesa sui prezzi, nonché di mancata partecipazione di alcuni destinatari della decisione comunitaria all'intesa vietata ... debbano dichiararsi **inammissibili**.”

Invero, l'art. 16.1 del Regolamento CE 1/2003 statuisce espressamente che “*quanto le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni o pratiche ai sensi dell'art. 81 o dell'articolo 82 del Trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che sono in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione*”.

Risulta così codificato un principio già ritenuto immanente al sistema comunitario, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia e fatto proprio dalla Corte di Cassazione, che si è più volte pronunciata in tema di aiuti di Stato. In proposito la S.C. aveva affermato, in relazione ad una decisione della Comunità che aveva ritenuto l'inapplicabilità di una specifica misura d'aiuto con l'ordinamento comunitario, che la stessa “*per quanto priva dei caratteri della generalità ed astrattezza, in quanto pronunciata nei confronti dello Stato italiano, è dotata, come precisato più volte dalla Corte di Giustizia ... ed anche da questa Corte ... di effetto*”

²¹³ La motivazione riportata nel testo è quella (inedita a quel che consta) di Trib. Milano, Sez. I, 9 dicembre 2009, relativa alla sentenza pronunciata nella causa di accertamento negativo dell'esistenza del c.d. cartello della gomma sintetica tra le sole imprese sanzionate dalla Commissione.

diretto nei confronti dell'ordinamento nazionale, limitatamente ai rapporti intercorrenti tra privati e pubblici poteri (c.d. efficacia verticale) e non è suscettibile di essere sindacata dal Giudice nazionale, che ne resta vincolato ...”.

La disposizione che ci occupa **vincola invece il Giudice nazionale ad una decisione della Commissione che ha efficacia diretta tra i privati**, aggiungendo un altro tassello alla ricostruzione unitaria dell'ordinamento comunitario. Spetta infatti alla Commissione la responsabilità di orientare e dare attuazione alla politica comunitaria in tema di concorrenza, mentre gli Stati membri sono obbligati, *ex art. 5 Trattato* ad adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, attraverso tutti i propri organi, non esclusi quelli giurisdizionali. Ove i giudici si arrogassero il potere di decidere, sui medesimi fatti costituenti accordi o pratiche anticoncorrenziali già esaminati dalla Commissione, in senso difforme da tale decisione, l'ordinamento nazionale finirebbe per adottare provvedimenti che mettono in pericolo, ed anzi frustrano in radice, la realizzazione degli scopi del Trattato, in violazione degli obblighi di cui all'art. 5 citato.

Il sistema non attribuisce invero alla decisione della Commissione, pur fondata sull'ampio contraddittorio con gli interessati, **efficacia di giudicato**, ben potendo essere oggetto di esame e controllo da parte degli organi di giustizia comunitari. Usando categorie della nostra tradizione giuridica, **l'accertamento della Commissione è una pronuncia amministrativa che esaurisce in sé i rapporti sostanziali coinvolti**, disponendo le norme comunitarie (art. 16 cit.) che non siano ammissibili pronunce di segno contrario, al di fuori dei canali di impugnazione avanti alla giurisdizione comunitaria.

Nel nostro ordinamento nazionale il coordinamento tra la giurisdizione impugnatoria dell'atto amministrativo ed il giudizio “ordinario” avviene attraverso le norme di riparto tra giurisdizioni. Analoghe modalità di coordinamento tra giurisdizione comunitaria e nazionale non esistono nel sistema comunitario, tanto che la Corte di Giustizia ragiona in termini di “precedenza” tra le diverse tutele (si pensi alla giurisprudenza sui rapporti tra azione risarcitoria comunitaria extracontrattuale e azione nazionale di impugnativa degli atti conseguenti) che conduce a pronunce di inammissibilità dell'azione sino all'esaurimento della tutela (nel caso, nazionale).

Laddove vi sia una precisa indicazione normativa, come nel caso che occupa, pare che il coordinamento sia attuato segnando il **limite sostanziale** della pronuncia nazionale, che non può essere “in contrasto” con la decisione della Commissione.

Se quindi l'ordinamento comunitario non ammette una pronuncia di segno contrario all'assetto sostanziale degli interessi stabilito dalla Commissione, deve ritenersi inammissibile una domanda finalizzata in via esclusiva ad ottenere proprio questa pronuncia di segno uguale e contrario, fondata su una diversa valutazione dei medesimi elementi di fatto. Ed invero, per agire in giudizio occorre un interesse *ex art. 100 c.p.c.*, che presuppone non solo la necessità dell’*“accertamento di una situazione giuridica ma anche che la parte prospetti l'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice”* (così, da ult., Cass. 28405/08). [...]

Naturalmente non può in astratto escludersi che il giudice nazionale – che condivide con la Commissione la competenza nell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato – possa affrontare direttamente la questione dell'intesa vietata, innanzitutto laddove gli organi comunitari non abbiano inteso procedere. Analogamente può darsi il caso che il giudice nazionale sia chiamato ad esaminare diversi aspetti della fattispecie *antitrust* già esaminata o in corso di esame alla Commissione, eventualmente fondati su fatti diversi, modificativi, impeditivi, estintivi, oppure valutare gli effetti della pronuncia nei rapporti tra le parti (es risarcitori). In questi casi, ove la Commissione inizi il procedimento, l'art. 16 stabilisce che “*le*

giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario sospendere o meno i procedimenti da esse avviati”. La disposizione in questione consente il coordinamento tra il procedimento nazionale e quello comunitario, **al fine di impedire non un contrasto di giudicati, ma l’emanazione di una pronuncia nazionale *contra legem*.**

Quello che va ritenuto in ogni caso non ammissibile – nella prospettiva dell’unitarietà dell’ordinamento comunitario – è un **esame *ex novo*** [da parte] del giudice nazionale, fondato sui medesimi fatti **all’esclusivo fine di porre nel nulla la pronuncia**, al di fuori dei normali canali di impugnazione previsti. Ed è all’interno del sistema giurisdizionale comunitario che può pienamente dispiegarsi il fondamentale diritto di difesa, assicurato nel nostro ordinamento dall’art. 24 Cost.. Il sistema delle garanzie comunitario è infatti del tutto equivalente a quello previsto dall’ordinamento nazionale [...]. Non a caso, in concreto, le stesse attrici e convenute (con l’esclusione di quelle non sanzionate) hanno tempestivamente adito il Tribunale di Primo Grado, investendolo delle medesime allegazioni e doglianze svolte in questa sede.

Devono in conclusione essere ritenute inammissibili, per **carezza di interesse *ex art. 100 c.p.c.*** (se non addirittura un’ipotesi scolastica di carezza della condizione dell’azione rappresentata dalla “**possibilità giuridica**”), le domande di accertamento negativo fondate proprio su una pretesa di diversa interpretazione dei medesimi fatti posti a fondamento della decisione della Commissione, in quanto il giudice nazionale non potrebbe assumere alcuna pronuncia idonea a spiegare un effetto utile alla parte, neppure sotto il profilo della rimozione di uno stato di incertezza giuridica”.

Così il Tribunale di Milano, che non idulgeva a riflessioni di diritto schiettamente processuale interno, e di non minore interesse teorico, quali, per tutte, l’ammissibilità di un’azione di mero accertamento negativo in genere e deducibile l’(in-)esistenza di un’obbligazione risarcitoria indeterminata nel *quantum in specie*²¹⁴, prediligendo fin

²¹⁴ Questione, quest’ultima, risolta positivamente da chi (come ROMANO, *L’azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006, 312 ss.), sulla scia di certa dottrina tedesca (Zöller-Greger), ammette che nel caso di rigetto nel merito della domanda di accertamento negativo dell’altrui credito risarcitorio indeterminato, conseguente alla mancata prova del fatto impeditivo, modificativo, estintivo (ovvero anche alla mancata prova dell’inesistenza d’uno o più fatti costitutivi del medesimo diritto altrui) posto dall’attore a fondamento della propria domanda, il giudice possa pronunciare una *Grundurteil* in senso favorevole al convenuto limitata all’*an debeat* e così all’esistenza del credito illiquido, alla stregua di una pronuncia di condanna generica resa ai sensi dell’art. 278 c.p.c.. Tutto ciò naturalmente presuppone che si possa aderire alla più generale impostazione accolta dall’A., il quale ritiene di poter superare le difficoltà pratiche e teoriche segnalate dai critici della concessione di piena cittadinanza all’azione di accertamento negativo atipica, da cui si obietta, anzitutto, che avendo l’azione di a.n. *sostanza* d’eccezione, il suo rigetto implicherebbe nulla più che il rigetto appunto d’un’eccezione e mai l’accertamento positivo del diritto negato dall’attore, ciò che potrebbe soltanto conseguire all’accoglimento di una declaratoria su diritti, in ossequio al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (v. MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064 ss., 1091-2). L’A. osserva che l’attore in a.n. sarebbe pur sempre onerato, allorché deduce l’inesistenza dell’altrui diritto, di introdurre in giudizio la intera fattispecie del medesimo (“...nel mentre si crede di consentire all’attore la sottoposizione al giudice di alcuni soltanto tra i segmenti della fattispecie giuridica, lo si onera in realtà della contestazione – e

dall'inizio un approccio comunitarista, e votato così all'esegesi dell'art. 16, Reg. 1/2003.

A questa norma, per cominciare, viene riconosciuto di codificare un principio "immanente al sistema comunitario". Ma già una simile lettura appare troppo generalizzante, poiché essa ha per risultato di ricondurre al divieto per l'ordinamento interno di adottare misure "*che mettono in pericolo ... la realizzazione degli scopi del Trattato*", come la stessa motivazione non manca di chiarire poco oltre. Non si nasconde, infatti, che la mera possibilità di includere gli arresti degli organi giurisdizionali nazionali nel novero delle misure nazionali adottate dagli Stati membri, non basta a farne discendere un obbligo di non contraddizione immanente al sistema o financo un vincolo ancora più stringente del giudice nazionale agli accertamenti in fatto compiuti dalla Commissione.

Si incontra poi il paragone con l'efficacia "verticale" propria delle decisioni della Commissione in materia di aiuti di stato. Anche questo argomento, tuttavia, è poco

comunque dell'introduzione in giudizio – della fattispecie intera (ché solo nel complessivo contesto di questa il giudice è in grado d'apprezzare adeguatamente la portata della doglianza)", p. 284): non importerebbe, così, che l'attore si limiti a contestare singoli fatti costitutivi del diritto ovvero offra la prova di fatti impeditivi, estintivi o modificativi del medesimo: la pronuncia di esistenza o di inesistenza del diritto risulterebbe pur sempre possibile. Ma l'argomento sembra in realtà idoneo solo a superare l'obiezione sollevata da TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, II 25 ss., che muove dall'assunto secondo cui, ad essere limitata nel caso di azione di a.n., sarebbe innanzitutto la cognizione del giudice, costretta entro i limiti dell'incompleta *positio* dei fatti dedotti dall'attore, e da cui Tavormina sembra desumere una corrispondente limitazione pure dell'oggetto del giudizio (ma incongruamente, come rileva MERLIN, *op. cit.*, 1083). Più convincente appare invece l'argomento utilizzato da ROMANO, *op. cit.*, 412 ss., per superare l'altro scoglio teorico all'ammissibilità sul piano generale dell'azione di a.n., indicato dai critici nel sovvertimento dell'onere della prova c.d. *primario*, gravante sull'attore, che ne risulterebbe le quante volte nessuna delle parti nel processo di accertamento negativo assolvesse all'onere della prova loro spettante, giacché in tal caso, con le parole di MERLIN, *op. cit.*, 1094-5, "pur mancata la prova da parte dell'attore della esistenza di un fatto estintivo, impeditivo o modificativo, la domanda andrebbe comunque accolta se risulti altresì mancata la prova, da parte del convenuto, dell'esistenza dei fatti costitutivi del suo diritto, confermandosi così la non primarietà dell'onere probatorio disegnato per l'attore". Ebbene, secondo ROMANO, non sarebbe tale circostanza davvero impeditiva all'ammissibilità dell'azione di a.n. sul piano generale, poiché "se mai un onere di prova primario è imposto dall'art. 2697, questo non grava genericamente sull'attore, ma piuttosto su colui che comunque allega l'esistenza d'un determinato diritto sostanziale"; la soluzione più corretta per fugare ogni timore di un regresso all'istituto delle *provocationes* medievali dovrebbe infatti ricercarsi in una "rigorosa esegesi del filtro dell'interesse ad agire, che consenta la decisione nel merito di quelle sole domande d'accertamento negativo giustificate da una situazione d'obiettiva incertezza intorno all'esistenza del diritto che origini dalla molesta vanteria *extra iudicium* del convenuto" (p. 423, nt. 320).

conferente, dal momento che tali decisioni creano costitutivamente un vincolo nei confronti dello Stato membro destinatario, obbligandolo al recupero di ogni somma erogata anteriormente alla decisione della Commissione, e non è dubbio che esse incidano in pari misura nella sfera giuridica delle imprese interessate, rendendo indebita la percezione di quanto ad esse eventualmente elargito²¹⁵.

La debolezza dell'impianto motivatorio emerge però con maggiore nettezza di contorni là dove il Tribunale pretende che le decisioni della Commissione "*esauriscano i rapporti sostanziali coinvolti*". Conclusione corretta se riferita al campo degli aiuti di stato, come veduto poc' anzi. Non confacente, invece, nella materia della concorrenza tra imprese. Troppi gli indici testuali disseminati nel Regolamento 1/2003 e marcata la diversità tra gli interessi tutelati nei rispettivi piani di intervento, per scendere a patti con la netta separazione tra la funzione repressiva, di cura dell'interesse pubblico, attribuita alla Commissione e la funzione di tutela dei diritti soggettivi che rientra nella *potestas ordinaria* delle giurisdizioni nazionali, per arguirne l'inammissibilità di una domanda giudiziale, il cui accoglimento darebbe luogo, secondo una prognosi di conclusione, ad una pronuncia contraria "*all'assetto sostanziale degli interessi stabilito dalla Commissione*".

Al di là delle cennate incongruenze, che è dato incontrare quando a ben vedere s'è ancora ai margini della vera *ratio decidendi*, si impone però di indagare più a fondo cosa intenda il Tribunale là dove afferma che l'art. 16, Reg. 1/2003 segnerebbe il "*limite sostanziale*" della pronuncia del giudice nazionale. Pare cogliersi qui l'eco dell'antico quanto inesausto dibattito sulla natura, processuale o sostanziale, delle norme ed in specie delle norme sulle prove²¹⁶. Non che si ritenga di dovere sussumere la norma di

²¹⁵ Neppure in tali ipotesi, peraltro, la Cassazione appare disposta ad ammettere un vincolo assoluto alle decisioni della Commissione. E difatti la S.C. afferma che "*difficilmente*" (non già "in alcun caso") il giudice nazionale potrebbe negare la natura di aiuto di stato ad una misura così qualificata dalla Commissione, quantunque con decisione divenuta inoppugnabile: v. Cass., Sez. I, 24 febbraio 2006, n. 4206 – Pres. Proto; rel. Panzani.

²¹⁶ Problema notoriamente risolto, nell'impostazione classica del CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 930, 243, negando natura processuale alle norme dettate non da "ragioni processuali" (ossia dal fine immediato della "miglior formazione del convincimento del

diritto comunitario derivato che viene ora in rilievo nell'uno o l'altro genere, beninteso; operazione, oltretutto, a rischio d'apparire tanto più inane se condotta in rapporto a una norma di diritto comunitario, che non si presta a lasciarsi inquadrare entro schemi e categorie aventi ragion d'essere nell'ambito di ordinamenti autonomi e conclusi, ma che possono contare su ben minori appigli in un ordinamento fortemente eterointegrato come quello in discorso. Per le analogie che ne potrebbero emergere, cionondimeno, vale la pena di assumere "l'angolo visuale del giudice" (Allorio) e domandarsi se la norma dell'art. 16, Reg. 1/2003 sia dettata dalla necessità di dare una conformazione particolare ad un diritto o rapporto giuridico sul piano sostanziale, che ne condizioni in una certa misura l'azionabilità²¹⁷, ciò a cui il Tribunale sembra positivamente alludere²¹⁸.

giudice"), ma dalla tutela dei singoli rapporti sostanziali (e v. già ID., *Principii di diritto processuale civile*, 3a ed. riv., Napoli, 1913, 101, che includeva tra le norme processuali aventi ad oggetto i *modi d'attuazione della legge* "i principii sull'azione, sull'onere della prova, sulla ammissibilità delle prove e sull'efficacia probatoria dei mezzi di prova, sulla cosa giudicata, sulla esecuzione, etc."); nonché MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942, 184, che ribadisce l'appartenenza della regola dell'onere della prova prevista dall'art. 1312 c.c. prev. "al diritto processuale, poiché il [suo] effetto immediato è proprio quello di determinare l'ambito dei poteri del giudice nel giudicare e quindi, per tale via, il contenuto della pronuncia", in critica alla teorica goldschmittiana ed alla categoria coniata da quella dottrina, del diritto giudiziario c.d. materiale (*materielles Justizrecht*), distinto dal diritto processuale perché non attinente lo svolgimento del processo, sibbene al contenuto della sentenza (così anche ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 152 ss., 202, che accomuna le regole in materia di prove legali e di ripartizione dell'onere della prova *sub specie* di "norme decisorie non sostanziali"). Per una posizione mediana, LA CHINA, voce *Norma (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 411 ss., 413, secondo cui "bisogna pure persuadersi che, per quanto nitide e rigorose si vogliono rendere le definizioni della processualità della norma, non si può utilmente condurre lo sforzo di affinamento oltre un certo limite, e sempre potrà rimanere un margine di ambiguità o zona grigia". In arg., diffusamente, anche PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Torino, 2005, 740 ss., che opta anch'egli per la rinuncia ad inseguire un criterio sceveratore "valido sempre e comunque".

²¹⁷ Occorre in altre parole domandarsi se sia opportuno ragionare di una norma in rapporto di mezzo a fine rispetto a determinate *policies* sostanziali dell'ordinamento, e che possa dunque essere considerata essa stessa alla stregua di una norma di diritto sostanziale. Neppure sarebbe lecito, se questo fosse il caso, invocare l'art. 24 Cost. per lamentare un'eventuale compressione del diritto d'azione. In questi termini, v. DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 8 ss., 24-25, in critica a C. Cost., 26 giugno 1965, n. 50, che aveva escluso l'illegittimità della norma relativa alle limitazioni di prova dei debiti deducibili dall'asse ereditario ai fini dell'imposta di successione richiamando la disciplina delle prove legali e affermando che "[una prova di tal genere] nella materia fiscale vuol proteggere l'interesse generale alla riscossione dei tributi contro ogni tentativo di evasione ed evitare la libera scelta dei mezzi di prova e la discrezionale valutazione dei loro risultati in un campo in cui non è consigliabile creare sfere di autonomia dispositiva". L'A. richiama invece ad esempio

Pare tuttavia di dovere approntare una risposta in termini decisamente negativi. E difatti, non potrà non rilevare in senso contrario alla posizione che il Tribunale sembra volere sostenere, il fatto che l'art. 16, Reg. 1/2003, abbia come diretto destinatario il giudice nazionale e non concerna in alcun modo la disciplina sostanziale dei rapporti giuridici che traggono fonte dalle regole di concorrenza. Potrebbe semmai sorgere il dubbio che l'enunciato dell'art. 16, nel suo rivolgersi direttamente al giudicante gl'imponga di imparare un certo contenuto alla decisione di merito, dettando così una norma di "diritto giudiziario materiale", a rispolverare tale qualificazione. Ma anche questa ipotesi sembra lontana dal cogliere nel segno. Per ragioni topografiche, anzitutto, atteso che l'art. 16 è collocato nel Titolo IV del Regolamento, dedicato alla "Cooperazione" tra Commissione, autorità di concorrenza e giurisdizioni nazionali, non già nel Titolo II, dedicato alle "Competenze" proprie di ciascuno di tali organi, dove sarebbe stato lecito e più naturale attendersi di incontrare una norma idonea, con Micheli, a "determinare l'ambito dei poteri del giudice nel giudicare", quali appunto le c.d. regole di giudizio.

Residuerrebbe solo l'argomento, parimenti speso dal Tribunale, secondo cui la norma dell'art. 16 avrebbe il precipuo fine di impedire non già un contrasto di giudicati

"virtuoso" della giur. costituzionale, la *ratio* di C. Cost., 9 aprile 1963, n. 45, cit., che ribadì il diritto della parte di produrre in giudizio scritture private a sostegno della propria pretesa, ancorché non registrate.

²¹⁸ Si noti, del resto, ancorché ciò non possa in alcun modo assurgere ad indice interpretativo autentico rilevante, che la Commissione ha preso da qualche tempo ad aggiungere ai comunicati stampa inerenti l'irrogazione delle sanzioni, un avviso del seguente tenore: "*any person or firm affected by anti-competitive behaviour as described in this case may bring the matter before the courts of the Member States and seek damages. The case law of the Court and Council Regulation 1/2003 both confirm that in cases before national courts, a Commission decision is binding proof that the behaviour took place and was illegal*". Ma anche la descrizione del vincolo del giudice nazionale alle decisioni della Commissione in termini di prova legale è lungi dall'apparire sostenibile (v. *infra* nel testo). Si noti altresì l'intrinseca incertezza sottesa all'affermazione secondo cui il Regolamento non già "dispone che" ma solo confermerebbe una tesi sull'efficacia delle decisioni della Commissione, evidentemente neppure poi così univoca alla luce del *case law* comunitario, a differenza di quanto preteso dall'esecutivo comunitario. Estremamente critico riguardo a siffatte forme surrettizie di incentivazione del *private enforcement*, da ult., è FORRESTER, *Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures*, in *Eur. Law Rev.*, 2009, 817 ss., spec. 829; mentre sembra cadere nell'equivoco PESCE, *Il programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 145 ss., 167, il quale supinamente afferma: "la giurisprudenza della Corte di giustizia prima e poi il reg. 1/2003 hanno chiarito che nelle cause davanti ai tribunali nazionali una decisione della Commissione costituisce una *prova acquisita e privilegiata* del sussistere del comportamento e della sua natura illecita".

(di per sé ovvia conseguenza dei diversi oggetti e piani d'efficacia delle pronunce, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Commissione), quanto invece "l'emanazione di una pronuncia giudiziaria nazionale *contra legem*".

Gli è, in verità, che ci si discosta già di molto, così, dai requisiti di generalità e astrattezza propri della regola di giudizio che si pretenderebbe di scorgere nell'art. 16. Nella ricostruzione offerta dal Tribunale, infatti, la decisione della Commissione finirebbe per assumere una portata concretizzatrice della norma indispensabile, perché da essa dipenderebbe il contenuto alla pronuncia giudiziaria di merito. Ciò risulterebbe inconciliabile, tuttavia, con il potere di decidere la controversia anche *in assenza* di una decisione della Commissione, come dallo stesso art. 16, co. I, Reg. 1/2003 previsto là dove una decisione della Commissione sia soltanto contemplata.

Non si dimentichi, del resto, che la decisione della Commissione è bensì un atto di diritto comunitario vincolante (per i suoi destinatari) ed insindacabile dal giudice nazionale per quel che attiene i suoi profili di validità; ma a dispetto della sua diretta applicabilità, che è una caratteristica comune tanto ai regolamenti quanto alle decisioni, in ragione della sua natura di atto individuale, la decisione non possiede l'efficacia che appartiene invece agli atti comunitari normativi, rivolti alla generalità e vincolanti *erga omnes*. Ora, nonostante la pronuncia in commento confini l'efficacia vincolante della decisione della Commissione ai soli accertamenti in fatto ivi compiuti, sembrerebbe parimenti da escludere un vincolo del giudice nazionale alle conclusioni che la Commissione abbia tratto in diritto dai fatti accertati. Una simile conclusione si porrebbe in contrasto con lo stesso enunciato dell'art. 6, Reg. 1/2003, a mente del quale le giurisdizioni nazionali "*sono competenti ad applicare gli articoli 81 e 82 del trattato*", vale a dire le norme generali e astratte direttamente applicabili alle fattispecie individuali²¹⁹.

²¹⁹ Questa sola, che conserva al giudice civile la massima libertà nella ricerca e nella individuazione della norma applicabile, al riparo "da ogni vincolo o comando che non sian quelli del diritto obiettivo interpretato dal magistrato secondo la sua conoscenza e coscienza" (così, MONTESANO, *Lezioni sulla giurisdizione e sull'efficacia delle sentenze*, Bari, 1972, 33), è del resto l'unica interpretazione conforme all'art. 101, co. II, Cost. nonché ai principi fondamentali e comuni alle

Merita una considerazione a parte il caso in cui l'efficacia autoritativa di una decisione sia direttamente minacciata da una pronuncia nazionale difforme, in contrasto pratico con la prima; od ancora il caso in cui l'impresa destinataria di una decisione comunitaria abbia impugnato avanti al giudice nazionale misure nazionali "conseguenti", adottate in esecuzione di una decisione della Commissione²²⁰ (la cui validità potrà allora formare oggetto di una questione pregiudiziale e di rinvio incidentale alla Corte di giustizia effettuato nel corso del processo nazionale), cui il Tribunale sembra far cenno nella parte centrale della motivazione. Senza contare, poi, che proprio la valorizzazione della possibilità per il giudice nazionale, che l'art. 16 Reg. 1/2003 lascia "impregiudicata", di promuovere l'incidente di validità della decisione della Commissione mediante rinvio *ex art. 267* TfUE alla Corte di giustizia, sarebbe di per sé incompatibile con una definizione del processo nazionale in rito, così come motivata dal Tribunale.

tradizioni costituzionali degli Stati membri, dallo stesso Regolamento 1/2003 richiamati. Alla Commissione, può osservarsi, non mancherebbe comunque lo strumento per portare il suo punto di vista sulla soluzione in iure da darsi al caso all'attenzione del giudice nazionale, potendo la prima "agendo d'ufficio, presentare osservazioni scritte alle giurisdizioni degli Stati membri" e financo, previa autorizzazione del giudice competente, osservazioni orali (art. 15, co. III, Reg. 1/2003). Ecco quindi un autentico esempio di norma processuale uniforme del Regolamento, che impone agli Stati membri, anche a quelli che non conoscano tale figura, di ammettere l'intervento di un terzo nel processo, quale *amicus curiae*, la cui partecipazione non è legata al diritto o al rapporto giuridico dedotto in giudizio, ma a ragioni di interesse pubblico: in arg. v. CABRAL, *Interesse ad agire e zone di interesse*, in *Civil Procedure Rev.*, 2010, 154 ss., 164.

²²⁰ Anche in tal caso, tuttavia, e pur potendo l'impresa interessata impugnare direttamente la decisione della Commissione avanti al Giudice comunitario, non farebbe difetto l'interesse ad agire avanti al giudice nazionale per ottenere l'annullamento delle sole misure nazionali d'esecuzione della decisione della Commissione: v. Corte giust., sent. 21 maggio 1987, in causa C-133-136/85, *Walter Rau c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*. Nel caso di specie la Commissione europea, onde sperimentare le reazioni dei consumatori della Germania orientale a fronte di variazione nel prezzo del burro, con propria decisione direttamente applicabile imponeva all'ente d'intervento agricolo tedesco competente per i prodotti caseari di distribuire gratuitamente nel solo mercato di Berlino Ovest, per un periodo di tempo limitato, dei quantitativi di burro gratuito. Le imprese produttrici di margarina ricorrevano al *Verwaltungsgericht* di Francoforte per ottenere cautelamente l'inibitoria dell'ente rispetto all'attuazione della decisione della Commissione, lamentando il grave danno che ciò avrebbe provocato in termini di riduzioni delle vendite. Il giudice amministrativo tedesco rimetteva alla Corte di giustizia la questione se la possibilità per le imprese ricorrenti di impugnare la decisione della Commissione, quali sostanziali (quantunque non individuate dal provvedimento) controinteressate della decisione, che le riguardava individualmente, avrebbe determinato la carenza dell'interesse ad agire di queste ultime in sede nazionale, ottenendone risposta negativa, nel senso sopra precisato, del concorso tra i mezzi di impugnazione nazionali e comunitari.

Pare chiaro, dunque, che il fondamento di questa coppia di sentenze sul “cartello della gomma” (che vede parallelamente proseguire in parallelo un processo risarcitorio a Londra, a parti invertite: e così con gli acquirenti produttori di pneumatici, danneggiati dall’aumento artificioso dei prezzi della gomma sintetica, nelle vesti di attori) debba ricercarsi altrove. Né mancano, per vero, gli elementi per formulare un’ipotesi ricostruttiva alternativa della *ratio decidendi* del Tribunale²²¹, che pare anche la più accreditabile. Detti elementi si radunano nei due paragrafi conclusivi della motivazione, là dove il Giudice milanese mette in relazione (di solo apparente alternatività) le figure dell’interesse ad agire e della possibilità giuridica, annoverata anch’essa quale autonoma condizione dell’azione, non senza premettere che “*l’esclusivo fine*” sotteso al *petitum* della domanda attrice sarebbe stato quello di “*porre nel nulla*” la decisione della Commissione, “*al di fuori dei normali canali di impugnazione previsti*”, che pure avrebbero garantito l’adeguato dispiegarsi del diritto fondamentale di difesa.

Come non vedere, in tali affermazioni, un’evidente allusione alla verifica da condurre in ordine alla finalità della domanda “*eccedente o deviante rispetto alla tutela dell’interesse sostanziale*”, e ulteriore, così, rispetto all’ottenimento del *petitum* mediato richiesto dall’attore, che appena qualche anno prima le Sezioni Unite²²² s’erano fatte carico di svolgere con riguardo al diffuso fenomeno della parcellizzazione giudiziale di

²²¹ Che trova adesione, da ult., anche in CONSOLO, Intervento al *XXVIII Convegno nazionale Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Urbino, 23-24 settembre 2011, che apertamente parla di sentenza che “ha portato all’acme quella che è l’ispirazione di tipo rigoristico, sanzionatorio e quasi moraleggiante dell’abuso del diritto”.

²²² Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726 – Pres. Carbone; rel. Morelli, in *Guida dir.*, 2007, fasc. 47, 28-30, nt. FINOCCHIARO, *Una soluzione difficile da applicare nei futuri procedimenti di merito*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss., nt. DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*; *ivi*, 345 ss., nt. DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il “ripensamento” delle Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2009, 1133 ss., nt. GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a difesa dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*; *ivi*, 2008, 745, nt. RESCIGNO, *L’abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*; in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1437 ss., nt. GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*; *ivi*, 2008, 319 ss., 352 ss., COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*; in *Foro it.*, 2008, I, 1514, nt. CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nel processo civile?*.

un'obbligazione pecuniaria sostanzialmente unitaria nei confronti del medesimo debitore²²³.

Che tale – quella di un ritenuto verosimile abuso del diritto d'azione, dovuto proprio e solo all'attivazione della macchina processuale nazionale – sia la direzione imboccata dalla sentenza in commento sembra confermato, del resto, dal fatto che questa pronuncia, al pari della sua “gemella”, del maggio dello stesso anno (resa nella causa d'accertamento negativo della responsabilità dei cartellisti promossa nei confronti degli acquirenti-potenziati danneggiati), non si curava minimamente di escludere una – pur possibile e realistica – scelta strumentale del foro da parte delle attrici in accertamento negativo nei due casi. E tanto, benché quello italiano si palesasse come *forum actoris* per la capogruppo del cartello attrice, e tutti i contratti stipulati dalle attrici con le imprese straniere convenute (per forniture da adempiersi in altri Stati membri) recassero clausole di deroga della giurisdizione italiana o compromissorie. Vi sarebbero stati, a volerli enucleare dalle pieghe di una giurisprudenza comunitaria che pone sempre al centro, tra l'altro, la prevedibilità dei titoli di giurisdizione, elevandola a criterio interpretativo delle regole uniformi del Regolamento n. 44/2001, non pochi argomenti per suscitare, se non già una presa di posizione sceveratrice quanto all'individuazione del *locus commissi delicti* nei casi di illeciti diffusi di natura *antitrust* (potendo invero una piana applicazione piana dell'art. 6, n. 1, Reg. 44/2001, sul litisconsorzio facoltativo passivo tra convenuti domiciliati in diversi Stati membri, apparire inadatta, nel suo concedere un troppo comodo margine di scelta all'attore la cui

²²³ In una linea di continuità, peraltro, e non già di netto *overruling*, rispetto al precedente sempre a Sezioni Unite del 10 aprile 2000, n. 108 (in *Giur. it.*, 2001, 1143, nt. CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale “frazionata” in più processi?*; in *Corr. giur.*, 2000, 1618, nt. DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le sezioni unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*), secondo quanti già allora rilevava che la Cassazione non s'era pronunciata nel senso dell'ammissibilità del frazionamento del credito “*tout court*”, assolutizzando la rispondenza di tale prassi ad un interesse del creditore da ritenere prevalente e in ogni caso soverchiante rispetto ad eventuali interessi del debitore, ma era addivenuta a tale conclusione all'esito di un giudizio di bilanciamento già implicante l'accettazione delle premesse, o se vuolsi l'utilizzo degli strumenti metodologici, poi apertamente impiegati nell'arresto del 2007: v. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004, 205 ss., 209.

condotta abbia prodotto effetti virtualmente “pan-comunitari”²²⁴), quanto meno un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia volto ad ottenere lumi sulla delicata questione. Tutt’al contrario proprio le sentenze in commento avevano preso netta posizione nel senso dell’applicabilità dell’art. 5, n. 3, Reg. 44/2001 ad azioni di accertamento negativo preventive, muovendo dalla lettera di tale disposizione (e dal riferimento ivi contenuto all’evento dannoso già avvenuto o che “*può avvenire*”), e superando così taluni precedenti difformi della Cassazione italiana, risalenti peraltro al vigore della Convenzione di Bruxelles, apparso di tenore meno permissivo *illo tempore*²²⁵.

Nulla di tutto ciò, ripetesi, interessa al Tribunale, il cui biasimo non è rivolto alla conformazione negativa assunta dal *petitum* immediato della domanda, e neppure all’eventuale *forum shopping* preventivo sotteso alla scelta della giurisdizione italiana e non senza presumibili intenti dilatori²²⁶ (ciò che avrebbe imposto, in linea puramente

²²⁴ Tenuto poi conto del fatto che tutto ciò si cumula con la scelta, operata dalla Corte di giustizia sul versante del diritto comunitario sostanziale, di adottare un approccio di tipo economico nell’interpretazione della nozione di “impresa” a fini concorrenziali, definendola quale “entità economica coesa”, ed ancorché costituita da più persone giuridiche distinte. Ciò consente di fatto all’attore che abbia contrattato con anche una soltanto delle società riconducibili ad un gruppo transnazionale di convenire nel foro della filiale qualsivoglia società appartenente al gruppo, e così pure la capogruppo avente sede all’estero. Su tali profili di criticità prodotte dall’intersezione tra fonti diverse del diritto comunitario, v. NEGRI, *Il “cartello delle vitamine” e la giurisdizione per connessione nelle azioni risarcitorie antitrust*, in *Int’l lis*, 2007, 143 ss., spec. 145 e nt. 16 (ora confluito in *Il diritto processuale civile nell’avvicinamento giuridico nazionale*, cit., I).

²²⁵ Su tali profili, con riguardo alla pronuncia in commento, v. STELLA, *op. cit.*, 150-151, e diffusamente sul tema v. CONSOLO, *Azioni dichiarative di irresponsabilità per violazione di privativa industriale e giurisdizione ex art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles*, in *Nuovi problemi di dir. proc. int.*, cit., 297 ss., già favorevole all’applicazione dell’art. 5, n. 3, Conv. a tali azioni, sulla scia della dottrina francotedesca maggioritaria (Kropholler, Geimer, Schütze, Schack, Gaudemet-Tallon), che l’A. reputa pure avallata da C. giust., 6 dicembre 1994, in causa C-406/92, *Tatry c. Maciej Rataj*, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 929. Occorre però segnalare che di recente un quesito in merito all’applicabilità del foro previsto dall’art. 5, n. 3, Reg. 44/2001 in rapporto ad azioni di accertamento negativo di illeciti *antitrust* è stato reso oggetto di rimessione alla Corte di giustizia da parte della corte di cassazione tedesca: v. BGH, 1 febbraio 2011, KZR 8/10, in *Int’l lis*, 2011, 57, comm. STELLA.

²²⁶ Mentre proprio in questi termini sembrano inquadrare il motivo del rigetto disposto dal Tribunale dietro lo schermo dell’interesse ad agire, MORETTI-NASCIMBENE, *op. cit.*, 70 ss.. Notoriamente divise, riguardo alla problematica evocata nel testo, sono le posizioni di chi auspica(-va) l’introduzione pretoria di un elemento discrezionale nell’interpretazione delle regole di giurisdizione (e litispendenza) uniformi da parte della Corte di giustizia, onde fronteggiare i casi di utilizzo abusivo di quelle norme, e di coloro, invece, che ritengono prevalenti il principio della mutua fiducia e di equivalenza tra le giurisdizioni degli Stati membri, e confidano che l’uniformità dei titoli di giurisdizione del Reg. 44/2001

teorica, beninteso, di ragionare in termini pur sempre di rigetto in rito, ma per difetto di

sia da sé presidio sufficiente a scongiurare il rischio del radicamento di azioni in fori palesemente “*non conveniens*” rispetto allo *Streitgegenstand*. Cfr., tra i più stimolanti contributi, GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3. Auf., Köln, 1997, 306 ss., 307: “Gerichte ... dürfen sich nicht unter Berufung auf *forum shopping*, Gesetzesumgehung (*fraus legis*) oder *forum non conveniens* für unzuständig erklären”; HARTELY, *How to abuse the law and (maybe) come out on top: bad-faith proceedings under the Brussels jurisdiction and judgments Convention*, in NAFZIGER-SYMEONIDES (eds.), *Law and justice in a multistate world: essays in honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley, 2002, 73 ss., 78: “...the effect of Article 21 of the Brussels Convention is to force legal proceedings throughout the European Union to move at the speed of the slowest ship in the convoy, in this case [*Trasporti Castelletti v. Hugo Humpry*, causa C-159/97, N.d.R.] Italy”; NUYTS, *The enforcement of jurisdiction agreements further to Gasser and the Community principle of abuse of law*, in DE VAREILLES-SOMMIÈRES (ed.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford-Portland, 2007, 55 ss., che propone di applicare la nozione dell’abuso del diritto, già coniata dalla Corte di giustizia con riguardo a casi di abusivo esercizio di pretese conferite dal diritto comunitario sostanziale, anche nell’ambito del Reg. 44/2001, con la conseguenza, secondo l’A., che il giudice di uno Stato membro adito in eccepita violazione di una valida clausola di proroga potrebbe sottoporre la domanda al consueto *test* elaborato dalla Corte di giustizia e così verificare se l’attore non stia cercando “*to derive, to the detriment of [the defendant] an improper advantage, manifestly contrary to the objective of [Article 27 of the Brussels Regulation]*”. Riteniamo, tuttavia, che una simile conclusione, sia pur dettata da comprensibili esigenze di frustrare le tattiche dilatorie attuate mediante la proposizione delle famigerate “*torpedo actions*”, risulti giuridicamente insostenibile, siccome configurata dall’A.. E difatti, il *test* dell’abuso del diritto che si pretenderebbe di vedere applicato nell’ambito delle regole di giurisdizione uniformi, presuppone appunto l’esistenza di un diritto conferito al singolo, di cui questi abbia abusato. Ora, ognuno vede che non sarebbe certo questo il caso dell’Art. 27 Reg. 44/2001, che solo si limita a disciplinare gli effetti della litispendenza, e non attribuisce alcun “diritto” all’attore in prevenzione, che abbia agito in un luogo diverso dal *forum prorogatum*, ad ottenere la sospensione dei futuri processi prevenuti che siano instaurati nel foro pattiziamente convenuto. Né una diversa conclusione potrebbe esser fatta discendere dalle norme che regolano il riparto di giurisdizione tra gli Stati membri. In arg., in critica alle soluzioni proposte dalla dottrina processualinternazionalistica (soprattutto tedesca), secondo cui operando sulla condizione dell’azione rappresentata dall’interesse ad agire, il giudice potrebbe respingere *in limine litis* – in guisa di *denegatio actionis* – domande che, “valutate dall’angolo visuale della sede o del tempo della loro proposizione” si rivelino in concreto spiegate al fine (precipuo od esclusivo) di alterare la parità processuale delle armi (conseguente all’esorbitanza del foro, ovvero all’effetto inibitorio rispetto alla proposizione di una azione di condanna nel “foro naturale”, allorchè l’attore abbia promosso un’azione di c.d. *preemptive forum shopping*), MARINELLI, *La clausola generale dell’art. 100 c.p.c.*, cit., 195 ss. e 230 ss., che rileva esattamente come “coloro che individuano una carenza d’interesse ad agire in capo all’attore che, tra più fori astrattamente competenti (e, perciò, concorrenti), eserciti l’azione in quello “non conveniente”, non disconoscono, quanto al diritto fatto valere con tale domanda, la sussistenza di un bisogno di tutela giuridica”. I problemi in questo campo sono semmai di diritto positivo. Le chiare obiezioni sollevate da coloro che osservano come, in presenza di manifestazioni di volontà negoziale atte a produrre effetti processuali (clausole di proroga o arbitrali, compromessi), la cui validità venga a dipendere dalla legge concretamente applicabile, la neutralità del foro sia una condizione inattuabile, se disgiunta dall’uniformità delle norme di conflitto (v. DE BOER, *Forum Preferences in Contemporary European Conflicts Law: The Myth of a “Neutral Choice”*, in MANSSEL-PFEIFFER-KRONKE-KOHLER-HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, I, München, 2004, 39 ss., 53; MERLIN, *Proroghe pattizie e principio di “pari autorità” nell’accertamento della competenza internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 971 ss., spec. 981 ss.) sono alla base dei correttivi di cui alla proposta di revisione del Regolamento n. 44/2001 della Commissione (COM(2010)748).

giurisdizione, a tutto concedere; ipotesi comunque esclusa *de iure condito*, in base alle regole comunitarie uniformi).

Si è detto, invece, che il Tribunale guarda alla “causa” dell’azione concretamente proposta, riscontrandovi un tentativo surrettizio dell’attrice di ottenere dal giudice nazionale un risultato equivalente a quello che la medesima avrebbe potuto ottenere dai Giudici comunitari, vale a dire un’accertamento idoneo a “*porre nel nulla*” la decisione della Commissione. Questo solo dunque, a detta del Tribunale, sarebbe stato il risultato perseguito dall’attrice ed *impossibile* da attingere, addirittura per diritto positivo, stante l’espresso divieto espresso fatto al giudice nazionale dall’art. 16, Reg. 1/2003 di pronunciare in senso diverso dalle statuizioni della Commissione.

Non si può nascondere, tuttavia, come quest’ultima ricostruzione appaia addirittura più impervia da sostenere di quella, già criticata in precedenza, che voleva far leva sul solo disposto dell’art. 16 Reg. 1/2003 qualificato come norma *ad litem decidendam*, per usare un’espressione risalente al diritto comune. Richiamato succintamente quanto sopra affermato con riguardo alla natura propria dell’art. 16, Reg. 1/2003 nell’ambito del sistema comunitario della tutela della concorrenza, dovrà infatti anzitutto coerentemente negarsi che tale norma si lasci apprezzare in rapporto all’autonoma condizione dell’azione, a volerla davvero così concepire, e cioè come distinta dall’interesse ad agire ed in funzione di un mero vaglio di *Schlüssigkeit* della domanda²²⁷, rappresentata dalla possibilità giuridica. Anche aderendo a quella dottrina, la quale propone di rivalutare la figura della possibilità giuridica rinvenendone manifestazioni di rilevanza in alcune disposizioni specifiche dell’ordinamento, tramite

²²⁷ In quest’ultimo senso, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, XV ed., Torino, 2003, 49, nt. 4, che richiama, ma dissociandosene, la posizione di INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1930, 321 ss., 326, ove, per vero, complice una possibile influenza della teorica dell’azione in senso concreto, è difficile distinguere i confini delle singole condizioni dell’azione (e tra queste e la l. sostanziale) e la rilevanza autonoma della possibilità giuridica. Afferma infatti l’A. che: “per essere legittimato processualmente a proporre la domanda, all’effetto di conseguire un accertamento di merito, il richiedente deve domandare l’accertamento a favore proprio o della propria sfera giuridica ... e perciò tale legittimazione non è una legittimazione semplice ma bensì una legittimazione da potere, in quanto fondata sul potere di disposizione (facoltà inerente a diritto soggettivo) che egli ha sulla propria sfera giuridica”.

le quali il Legislatore avrebbe di mira non già di sancire diritti, quanto invece d'esprimere un *divieto alla azionabilità* di quelli in sede giurisdizionale, ricorrendo talune condizioni²²⁸, non si può eludere il dato che l'art. 16, Reg. 1/2003 non plasma una fattispecie sostanziale, ed è lungi dal vietare ai singoli l'esperimento di una azione giudiziale.

Gli è, all'opposto, che le imprese riguardate dall'accertamento amministrativo della Commissione e dall'eventuale sanzione conseguente, conservano sempre un interesse alla declaratoria della (in-)sussistenza di un loro (od altrui) diritto, ciò che rientra nella competenza esclusiva delle giurisdizioni nazionali, cui è affidata la tutela dei diritti soggettivi (settimo 'considerando' Reg. 1/2003). Ad affermare il contrario, a voler accreditare cioè la tesi secondo cui l'art. 16 Reg. 1/2003 varrebbe ad esprimere un autentico divieto d'esercizio del diritto d'azione avanti al giudice nazionale o, per meglio dire, un divieto di proporre una domanda giudiziale le quante volte il suo accoglimento implicherebbe l'essersi dal giudicante valutati diversamente rispetto alla Commissione i medesimi fatti, si produrrebbe, non foss'altro, una inaccettabile disparità di trattamento tra imprese sanzionate dalla Commissione ed imprese andate invece "assolte" dal procedimento *antitrust*, avendone la Commissione disposto l'archiviazione all'esito dell'istruttoria. Queste ultime, infatti, al pari delle imprese sanzionate, non sarebbero poste al riparo dalle azioni risarcitorie che una qualunque impresa concorrente o consumatore, ritenendosi danneggiati dalla condotta pur ritenuta non meritevole di sanzione da parte della Commissione decidessero di instradare avanti alle giurisdizioni nazionali. Non vi sarebbe, insomma, mai la possibilità per costoro di

²²⁸ Così, GHIRGA, *op. cit.*, 281-282 e 337, che addita all'art. 2379-*bis*, comma I, c.c. ed alla ipotesi da esso sancita di improponibilità dell'impugnativa della delibera assembleare da parte del socio che, presenziando ad un'assemblea non regolarmente convocata, abbia assentito, nondimeno, al suo svolgimento, quale esempio di codificazione di un divieto di ricorso abusivo (poiché implicante per l'attore di *venire contra factum proprium*) allo strumento processuale, che, secondo l'A., "avrebbe potuto essere correttamente risolta sul piano di una applicazione più completa dell'art. 100 c.p.c. quale espressione altresì del requisito causale della domanda giudiziale". Per una panoramica sulla stagione dei "professionisti delle assemblee" e del coevo affermarsi dell'interpretazione patrimonialistica dell'interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.* nella giurisprudenza della fine degli anni '60, ma in stretta aderenza al canone dell'*exceptio doli*, v. altresì PORTALE, *Lezioni di diritto comparato*, 2° ed., Torino, 2007, 162-163.

opporre agli asseriti danneggiati un accertamento negativo della Commissione, con effetto preclusivo delle loro pretese; mentre questi ultimi, nel caso di decisione sanzionatoria della Commissione, godrebbero sempre di un notevole vantaggio.

Si è detto poi, e ripetute volte ormai, che gli accertamenti della Commissione non conformano la realtà sostanziale nei rapporti intersoggettivi (a differenza che nel caso delle decisioni in materia di aiuti di stato), essendo essi compiuti solo *incidenter*, per così dire, in via prodromica all'applicazione delle sanzioni amministrative. In quanto il ricorrente nel giudizio avanti al competente Giudice comunitario faccia valere vizi di manifesta illogicità od incongruità della motivazione della decisione impugnata, egli mira pur sempre ad ottenere l'invalidazione della decisione e la caducazione della sanzione irrogata. Che poi, in generale come nel caso di specie, le contestazioni spese come motivi di ricorso nella sede impugnatoria comunitaria possano di fatto coincidere con le allegazioni in fatto e in diritto posta a fondamento della domanda d'accertamento negativo dell'esistenza (dei fatti costitutivi) di un altrui diritto risarcitorio, ciò sarà da ritenersi una naturale conseguenza dei due diversi piani in cui operano gli accertamenti della Commissione e del giudice nazionale, rispettivamente. Giustamente, del resto, il Tribunale milanese esita a condannare la scelta delle attrici-ricorrenti di coltivare parallelamente ambedue le iniziative processuali, azione d'annullamento dell'atto comunitario e di accertamento mero, evitando di scorgere gli estremi di un abuso del processo (nazionale) in ciò solo. Qualunque l'esito del giudizio declaratorio nel caso di specie, a ben vedere, la pronuncia del giudice nazionale non sarebbe apparsa in grado di scalfire la decisione della Commissione, inibendone la precettività e così precludendo la riscossione delle sanzioni comunitarie irrogate alle imprese.

Se dunque, nel caso di specie, ben poco senso avrebbe avuto parlare (e non lo s'è fatto, a ben vedere) di abuso del processo in chiave di *strumentale moltiplicazione delle chances di invalidare l'atto comunitario individuale* all'infuori dalle sedi acconce; resta, allora, ancora da dire in qual modo dello strumento processuale si sarebbe fatto un uso distorto e strumentale, e soprattutto perché da ritenersi esorbitante dal "bisogno di tutela giuridica" prospettato dalle attrici. Nel caso di specie, esso poteva certamente dirsi sorto in capo alle attrici a seguito della millanteria stragiudiziale elevata nei loro

confronti dagli acquirenti del cartello, e così ad intendere l'interesse ad agire nella sua accezione tradizionale, che nello stato di incertezza determinato dall'altrui vanto vede il suo fatto costitutivo²²⁹ (dovendosi escludere, per contro – ma è ipotesi che neppure il Tribunale lambisce – che la decisione della Commissione valga di per sé a creare l'apparenza dell'esistenza di un illecito rilevante sul piano civilistico, sufficiente a far sorgere l'interesse ad esperire l'azione giurisdizionale).

Vien fatto allora di credere che il Tribunale possa aver rilevato gli estremi dell'abuso del processo nel sol fatto che l'attrice in accertamento negativo, ponendo in discussione l'episodio della vita sostanziale, per come già accertato dalla decisione della Commissione, avrebbe inevitabilmente costretto i convenuti – in ipotesi veri attori sostanziali – a dispiegare attività difensive, quali ad es. la contestazione della *positio* dei fatti effettuata dalle attrici, che si sarebbero rivelate con tutta evidenza superflue, se questi ultimi fossero stati lasciati nel “godimento pacifico”, per così dire, della decisione della Commissione, con pieno agio d'attivarla a loro piacimento, formulando una domanda risarcitoria in principalità. L'azione di accertamento negativo, insomma, in tal misura avrebbe depotenziato un'arma a vantaggio dei convenuti.

Gli è, tuttavia, che lo “svantaggio” in tal modo arrecato al convenuto in accertamento negativo sarebbe comunque di gran lunga inferiore, secondo una logica di bilanciamento tra gli interessi delle parti, al pregiudizio derivante all'attore – imprenditore commerciale, non si dimentichi – dal permanere dello stato d'incertezza circa l'esistenza di responsabilità ed obbligazioni a suo carico. Laddove il problema dell'abuso del diritto d'azione s'è posto a livello comunitario, giova inoltre notare, la Corte di giustizia ha abbracciato uno *standard* di *gravità del pregiudizio* arrecato al terzo, non collimante con il metro dell'equo temperamento degli interessi delle parti

²²⁹ CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 59, nt. 1; ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 163 ss..

applicato dalle Sezioni Unite nei suoi più recenti arresti in materia di abuso del processo (tutti concernenti fattispecie omogenee di frammentazione del credito, peraltro)²³⁰.

Ma anche questa ipotesi, a ben vedere, e prescindendo dai rilievi che precedono, sottenderebbe un equivoco di fondo: vale a dire che si possa concepire una domanda risarcitoria tecnicamente fondata sulla (avente il proprio *titulus* nella) decisione della Commissione. Solo a partire da tale assunto, a ben vedere, la soluzione accolta dal Tribunale avrebbe potuto trovare un astratto appiglio tecnico-giuridico: è alquanto evidente, infatti, che se davvero la decisione della Commissione entrasse a far parte della fattispecie sostanziale del diritto fatto valere, non potrebbe immaginarsi una

²³⁰ V. C. giust., sent. 23 marzo 2000, in causa C-373/97, *Diamantis*. Nel 1983 una società per azioni greca veniva sottoposta ad amministrazione straordinaria. In base alla legge greca sul risanamento delle imprese in crisi, l'Ente per la ristrutturazione delle imprese avrebbe potuto disporre autoritativamente l'aumento del capitale sociale, con salvezza del diritto di prelazione degli azionisti. Detto ente provvedeva a disporre due aumenti forzati e una riduzione del capitale arrivando a detenere la quota di maggioranza, ceduta in seguito ad un terzo che incorporava la società, frattanto tornata *in bonis*, nel proprio gruppo. Nelle more delle operazioni straordinarie la Commissione europea promuoveva una procedura di infrazione nei confronti dello Stato ellenico che si concludeva con l'accertamento della mancata trasposizione, da parte dello Stato membro, dei principi della seconda Direttiva societaria, la quale imponeva che tutte le operazioni sul capitale fossero deliberate dai soci. Né la direttiva comunitaria, né la legge greca di attuazione, emendata a valle della decisione della Commissione, disponevano in merito alle conseguenze della mancata deliberazione in sede assembleare delle operazioni sul capitale sociale. A quattro anni di distanza dalla cessione a terzi del pacchetto di maggioranza detenuto dall'Ente di risanamento, il sig. *Diamantis*, azionista di minoranza, che non aveva esercitato il proprio diritto di opzione in occasione degli aumenti di capitale forzati, impugnava i provvedimenti amministrativi con cui erano stati disposti gli aumenti di capitale in quanto contrari alla Direttiva societaria. Il Tribunale di Atene, rilevato il fondamento comunitario di tale azione, domandava alla Corte se una norma come l'art. 281 del codice civile ellenico, a termini del quale "l'esercizio di un diritto è vietato se eccede manifestamente i limiti imposti dalla buona fede o dal buon costume o dalla finalità economica o sociale di tale diritto", applicabile all'abuso del diritto d'azione, sarebbe stata di ostacolo allo spiegarsi dell'effetto utile del diritto comunitario, dovendosi comunque ammettere il singolo all'esperienza dell'azione. La Corte di giustizia, rilevato, in linea di principio, che "i singoli non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente delle norme comunitarie ... ipotesi che sussisterebbe se l'azionista, avvalendosi della seconda direttiva, intentasse un'azione al fine di ottenere, a danno della società, vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo di tale disposizione" (punto 33), e che "la circostanza di aver avviato un'azione giudiziale dopo un certo lasso di tempo, ma pur sempre entro i limiti di prescrizione previsti dalla legge nazionale per la proposizione di azioni di tal genere, non può essere di per sé considerata quale indizio serio e sufficiente di un abuso di diritto" (punto 39), concludeva che, nel caso di specie, atteso che l'attore aveva a sua volta beneficiato del risanamento dell'impresa, non si era avvalso del diritto di prelazione ed aveva però assentito all'assoggettamento della società ad a.s. e considerato che l'accoglimento dell'azione ed il conseguente annullamento delle delibere di aumento avrebbe inciso su diritti di terzi in buona fede in misura "talmente grave da risultare sproporzionata" (punto 44), il diritto comunitario non avrebbe ostato all'applicazione di una norma nazionale come l'art. 281 c.c. ellenico.

contestazione di tale elemento costitutivo del diritto azionato ad opera delle parti del processo nazionale, finalizzata ad ottenerne una disapplicazione incidentale in quella sede (non consentita al giudice nazionale). In difetto, tuttavia, d'ogni pregiudizialità tra la validità della decisione della Commissione e i diritti oggetto del processo nazionale, la tesi manca di sostentamento.

7. *Le ipotesi di sospensione del processo contemplate dall'art. 16, Reg. 1/2003 non sono avvicinabili alla sospensione necessaria per pregiudizialità tra cause; né ad una ipotesi di sospensione discrezionale per "convenienza istruttoria".*

Ci avviciniamo a raccogliere le fila del nostro discorso, e ad avanzare quella che pare a noi essere la congrua sistemazione dell'art. 16 Reg. 1/2003, tra le regole di "ordinatoria litis", per così dire, dello statuto processuale europeo del giudice nazionale, non senza aver prima svolto alcune puntualizzazioni sul tema, che appare strettamente dipendente dalla valenza che si voglia attribuire alle decisioni della Commissione, della sospensione del processo civile nazionale in pendenza dell'istruttoria da quest'ultima avviata. Dispone, in tal caso, l'art. 16, Reg. 1/2003 che le giurisdizioni nazionali debbono evitare di pronunciarsi in contrasto con una decisione anche solo "contemplata" dalla Commissione e che, "a tal fine", esse "possono valutare se sia necessario sospendere o meno i procedimenti da esse [recte: avanti ad esse] avviati".

Si tratta di attribuire significato a questo enunciato, non meno ambiguo di quello che lo precede, calandolo nelle categorie processualcivilistiche consuete. Ora, ci si avvede, anzitutto, che anche la dottrina che ragiona in termini di preminenza del diritto comunitario, ed arriva per tale via ad associare alle decisioni della Commissione un'efficacia conformativa vincolante sul piano dell'accertamento, esita a ricondurre l'ipotesi sospensiva in discorso al paradigma dell'art. 295 c.p.c., svelando tutta la difficoltà di scendere a patti con il principio sotteso all'art. 111 Cost. (cui *adde*: artt. 24 e 101 Cost.) e sostenere, così, che l'incedere del processo civile possa *dover* subire un

arresto a motivo della pendenza di un procedimento amministrativo ad impulso di un organo sì comunitario ma non giurisdizionale²³¹.

In secondo luogo è da notare che lo stesso linguaggio del Regolamento, certo atecnico e financo ridondante *in parte qua* (“...possono valutare se sia necessario o meno sospendere...”), sembra concepire un potere di sospensione, il cui esercizio da parte del giudice è *finalizzato* (“*a tal fine...*”) solo ed esclusivamente a scongiurare in via preventiva il rischio di un futuro contrasto – pratico – *tra gli effetti giuridici precettivi*²³² emananti, rispettivamente, dalla sentenza nazionale e dalla decisione della

²³¹ Così NEGRI, *Procedimenti paralleli in materia antitrust*, I parte, cit., 75-76, la quale, da un lato, rileva che “nel sistema comunitario è pacifico che l’avvio formale del procedimento da parte della Commissione non privi di per sé il giudice nazionale del suo potere di applicare gli artt. 81, 82 CE nelle controversie tra privati; tuttavia, la parallela pendenza dell’istruttoria amministrativa sui medesimi fatti può rendere opportuna una temporanea stasi del processo, al fine di evitare conflitti con la futura decisione della Commissione”; dall’altro, valorizzando la possibilità per il giudice nazionale di attivare i canali di cooperazione con la Commissione previsti dall’art. 15, co. I, Reg. 1/2003 (che disciplina, *inter alia*, la trasmissione al giudice nazionale che lo richieda delle informazioni già acquisite dalla Commissione o di pareri della medesima *in merito a questioni relative all’applicazione delle regole di concorrenza comunitarie*), conclude che “quella prevista dall’art. 16 è quindi senza dubbio una sospensione ampiamente discrezionale, che il giudice nazionale adotterà ove valuti in concreto elevato il rischio di accertamenti confliggenti”. La stessa A., d’altro canto, e stavolta con riguardo al caso non espressamente previsto dall’art. 16, Reg. 1/2003, relativo alla parallela pendenza tra giudizio di annullamento della decisione della Commissione avanti al Giudice comunitario e processo civile nazionale, in cui dell’efficacia della decisione impugnata si dovrebbe *in thesi* tener conto, sembra rimeditare la portata di una conclusione inizialmente tratta nel senso della necessaria sospensione “già alla stregua della clausola generale dell’art. 295 c.p.c.: integrando una tipica ipotesi di pregiudizialità amministrativa” (ID., *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., 84), per sussumere la fattispecie nella più flessibile ipotesi di sospensione discrezionale prevista dall’art. 337 c.p.c., che l’A. ritiene possibile interpretare estensivamente, non senza rilevare, anche in tal caso, come “l’innegabile forzatura si giustifica proprio alla luce dell’eccezionale rilevanza che lo stesso art. 16 Reg. attribuisce alla fase amministrativa innanzi alla Commissione, legittimando il giudice a sospendere il processo in attesa che la decisione amministrativa vincolante sia adottata. Anche sotto questo profilo sarebbe singolare che il giudice nazionale (facultato e non obbligato a sospendere il processo sino alla definizione del procedimento amministrativo) sia invece necessariamente tenuto alla sospensione e non possa conformarsi alla già emanata decisione vincolante, quando questa sia impugnata” (ID., *Procedimenti paralleli in materia antitrust*, II parte, cit., 134). Sul versante del diritto interno, invece, e così con riguardo ai rapporti tra giudizio civile e procedimento istruttorio avviato dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, l’A. non ha dubbi – non dovendo confrontarsi, in questo caso, con un’efficacia vincolante del provvedimento amministrativo – nell’escludere tanto l’applicabilità dell’art. 295 c.p.c., quanto un’applicazione analogica dell’art. 337 c.p.c., della cui fattispecie mancherebbe addirittura l’elemento costitutivo dato dalla esistenza di un provvedimento soggetto a gravame, la cui “autorità” emani rispetto all’oggetto del giudizio sospeso (ID., *Giurisdizione e amministrazione*, cit., 130 ss.).

²³² Secondo la distinzione tra efficacia *dichiarativa* e *precettiva* del giudicato, in rapporto a situazioni giuridiche ad effetti durevoli, accolta da CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*,

Commissione, mentre dalla norma non trapela alcuna *intentio* di favorire l'acquisizione della decisione della Commissione al processo, in considerazione dell'ipotetica rilevanza del suo contenuto accertativo per la decisione di merito da parte del giudice nazionale. Non v'è nulla di simile, per fare un paragone con il nostro ordinamento che aiuti a chiarire quel che si vuole affermare, tra la *ratio* di questa norma e la finalità sottesa alla sospensione discrezionale prevista dall'art. 140-bis, VI co., cod. cons. (nella versione riscritta dalla l. 23 luglio 2009, n. 99). Quest'ultima norma, come noto, autorizza il Tribunale investito di un'azione di classe a sospendere il sub-procedimento di "filtro", e ad attendere dunque prima di risolvere la questione relativa all'ammissibilità dell'azione in forma collettiva, ogni qual volta "*sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo*". Visibilmente traspare qui la finalità agevolatoria perseguita dal legislatore, vale a dire di ottenere all'azione di classe il "vantaggio" di poter contare in partenza sul provvedimento reso da un organo amministrativo specializzato, volta che questo abbia risolto le comuni questioni e preso posizione sui medesimi fatti alla base della *res iudicanda* nel processo collettivo. Nel prevedere una siffatta figura di "preliminarietà per convenienza istruttoria", come pure è stata definita²³³, l'ordinamento mostra oltretutto implicitamente di associare un valore (soltanto) probatorio ai provvedimenti sanzionatori emessi dalle *authorities*²³⁴, che si

Milano, 1991, 157 ss., con riguardo alla portata innovativa dello *jus superveniens* rispetto alla *lex specialis* consacrata nel giudicato tra *inter partes*.

²³³ Da CONSOLO, in CONSOLO-BONA-BUZZELLI, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, 157, per il quale la norma, già nella formulazione originaria dell'art. 140-bis, co. III, cod. cons. (come introdotto dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244), che parlava al riguardo di "differimento" della pronuncia sull'ammissibilità della domanda, avrebbe potuto esporre il fianco a critiche di violazione dell'art. 24 Cost., introducendo un'ipotesi di sospensione *sine die* e tenuto conto, oltretutto, che il provvedimento amministrativo avrebbe potuto essere impugnato avanti al g.a., la dilazione del procedimento rischiando allora di profilarsi ancora più lunga. Rilievo, quest'ultimo, visibilmente "disatteso" dal Legislatore del 2009, che consente la sospensione del sub-procedimento di filtro anche in caso di impugnazione del provvedimento dell'*authority* in sede giurisdizionale.

²³⁴ Come nota PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis*, cit., 370, con richiamo a Cass., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640 – Pres. Morelli; rel. Tavassi; v. altresì, Cass., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3638 – Pres. Plenteda; rel. Tavassi (pronuncia, in particolare, in cui, partendo dall'assunto del "vincolo" – di cui però la S.C. non precisa la natura – del giudice civile alle decisioni della Commissione, quale sancito dall'art. 16, Reg. 1/2003, la stessa S.C. desume *a contrario* che "l'eventuale decisione già

mira a fare acquisire al processo civile: ciò che appare in linea con la più recente tendenza della giurisprudenza in materia a qualificare provvedimenti amministrativi di tale fatta come “prova privilegiata” (della commissione dell’illecito *antitrust*), ma che presta il fianco a non poche obiezioni teoriche e di notevole spessore, che costringerebbero ad un lungo *excursus* deviante dall’ossatura del nostro discorso²³⁵. Sia sufficiente dire che codeste obiezioni, che si sostanziano in definitiva nella negazione d’ogni presunzione di verità di cui la giurisprudenza vorrebbe ammantare l’accertamento amministrativo (sol perché specialistico) compiuto dall’autorità garante del mercato, evocando impropriamente certe massime tratte dal diritto comune²³⁶, avrebbero ancora maggiore ragion d’essere, trovando anche nuovi rinforzi, là dove una simile efficacia si volesse ascrivere alle decisioni della Commissione. E difatti, e a dispetto del declamato rispetto del principio del contraddittorio, del *nemo tenetur contra se edere* e del plauso che la presenza di un *hearing officer* “indipendente” nel sovrintendere alla correttezza del procedimento un poco ingenuamente suscita nei

intervenuta dall’A.G.C.M. [assurge a] uno strumento di prova privilegiato, a fronte del quale si potrebbe configurare un’inversione dell’onere della prova”); nel senso, invece, che la decisione dell’Autorità garante avrebbe valore di presunzione semplice dell’esistenza dell’illecito e che l’impresa sanzionata in sede amministrativa sarebbe sempre ammessa a fornire prova contraria nel processo civile, si è espressa, da ult., Cass., Sez. III, 10 maggio 2011, n. 10211 – Pres. Amatucci; rel. Lanzillo, in *Corr. giur.*, 2011, 1060, sulla scia di Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305 – Pres. Vittoria; rel. Spirito.

²³⁵ Il quale prenderebbe verosimilmente l’avvio dalle più generali obiezioni calamandreiane all’utilizzo della “*sentenza civile come mezzo di prova*” (in *Riv. dir. proc.*, 1938, 108 ss.), fondate primariamente sul principio di libertà del giudicante nella valutazione delle prove, da non dover essere filtrata attraverso la valutazione d’attendibilità che altri giudici ne abbiano fatto, per poi giungere ai più tecnici snodi relativi all’ammissibilità della prova atipica nel giudizio civile su cui, con ampi riff. alle contrapposte tesi sostenute in dottrina, v. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., 154 ss., la quale opta infine per assumere una posizione mediana rispetto al problema riferito nel testo, e che fa leva sulla categoria (penalistica) della *irripetibilità* degli atti istruttori. La soluzione suggerita, in sostanza, consentirebbe al giudice d’ufficio (*ex art. 213 c.p.c.*) o su istanza di parte (*ex art. 210 c.p.c.*) di disporre l’acquisizione al processo di tutti quegli elementi di prova – tra quelli su cui l’autorità amministrativa abbia fondato il proprio convincimento in merito alla sussistenza delle condizioni per l’esercizio del potere sanzionatorio e su cui risulti fondata la motivazione del provvedimento (che dovrà peraltro, almeno quest’ultimo, esser stato prodotto in giudizio da una delle parti) – frutto di attività d’indagine irripetibili quali verbali di ispezione e di assunzione di informazioni da parte dell’Autorità.

²³⁶ Quali il famoso brocardo ulpiano “*res iudicata pro veritate accipitur*”, il cui significato originario, tuttavia, è lungi dall’ascrivere al giudicato valore di prova o di mezzo di prova, come dimostra, in prospettiva storica, PUGLIESE, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 503 ss., sulla scia di Chiovenda (che muove dal tenore testuale della locuzione per arguirne che il giudicato si pone non già “*come*” ma “*invece*” della verità).

commentatori²³⁷, le imprese indagate dalla Commissione sottostanno a stringenti e pervasivi obblighi di *disclosure* e financo ad un autentico *dovere di verità*, il cui rispetto è presidiato dai poteri sanzionatori della Commissione, suscettibili di essere esercitati già in corso d'istruttoria a fronte dell'inottemperanza (o del tardivo adempimento) alle sue richieste²³⁸. Ed ancora: nel mentre le resistenti contro la sospensione del sub-procedimento di "filtro" potrebbero anche essere superate, o quanto meno un poco allentate, facendo leva sulle stesse ragioni per cui si nega la decisorietà e la ricorribilità per cassazione avverso l'ordinanza di (in-)ammissibilità dell'azione di classe, reputandosi tale provvedimento inidoneo (a definire nel merito, ovviamente, ma più latamente anche solo) ad incidere sulla situazione giuridica sostanziale oggetto della domanda²³⁹, analoghi argomenti cesserebbero invece d'avere efficacia con riguardo ai

²³⁷ V., ad esempio, BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 193 ss., 201: "L'importanza attribuita all'effettività dei diritti della difesa, anche nella formazione della prova, chiaramente denota l'attenzione che l'ordinamento comunitario ripone sul tema". Cfr. le avvertite riflessioni di BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, *ivi*, 2006, 483 ss., spec. 500 ss., il quale osserva che, mentre nell'ambito del Reg. 1206/2001 in materia di assunzione di prove all'estero, le garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio sarebbero di per sé assicurate ed accresciute dal fatto che le prove da assumere, ancorché magari di natura o con modalità di assunzione divergenti rispetto a quelle dello Stato richiedente, sarebbero pur sempre quelle tipizzate dall'ordinamento di uno Stato membro, nel contesto dei procedimenti *antitrust* comunitari la dimensione probatoria sarebbe "strutturalmente non tipizzata".

²³⁸ Si v. l'art. 23, co. I, ed il ventitreesimo 'considerando', Reg. 1/2003, nonché le *Best Practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of Articles 101 and 102 TFEU and in merger cases*, elaborate dalla Direzione Generale Concorrenza in seno alla Commissione europea, e spec. ai punti 60-61: "*Responses to a Data Request must be: (i) complete, (ii) correct, and (iii) timely. The Commission may impose on undertakings and associations fines where, intentionally or negligently, they supply incorrect or misleading information or when, in response to a request made by decision, they supply incomplete information or do not supply information within the required time-limit*".

²³⁹ In tal senso, v. ZUFFI, *La Corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. "filtro"*, in *Corr. giur.*, 2011, 525 ss., 533. *Contra*, PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova "class action"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 15 ss., spec. 22-23, secondo cui, proprio alla luce delle istanze economico-sociali sottese all'introduzione dell'azione di classe nell'ordinamento, e così onde consentire ai titolari di microcrediti omogenei di trovare economicamente conveniente l'agire (collettivamente) in giudizio. La negazione di tale forma d'azione dovrebbe apparire, in questa prospettiva, equivalente al diniego dell'azione *tout court*, l'argomento della salvezza dell'azione individuale risuonando vacuo e formalistico e dovendo così imporsi la ricorribilità per cassazione *ex art. 111, co. VII, Cost.* avverso l'ordinanza di filtro. Alla stregua di questo argomentare, tuttavia, l'A., pur non facendovi riferimento, dovrebbe però accogliere con favore l'ipotesi sospensiva prevista dal VI co., art.

processi individuali nelle liti tra concorrenti, in cui la sospensione del processo *sine die*, in attesa della definizione di un procedimento amministrativo di durata indeterminata, s'atteggerebbe ad una autentica *denegatio actionis*.

Conclusa questa parentesi, e tornando dunque all'art. 16, Reg. 1/2003, deve ancora osservarsi che la norma, nel suo ultimo comma, fa espressamente salvo il potere del giudice nazionale di decidere *comunque* la controversia nel merito – sia che penda l'istruttoria avviata dalla Commissione; sia che questa si sia già pronunciata con propria decisione (e quantunque la decisione sia stata successivamente impugnata avanti alla giurisdizione comunitaria) –, previa rimessione alla Corte di giustizia di un quesito pregiudiziale interpretativo *ex art. 267 TfUE*, volto ad acquisire il punto di vista vincolante del Giudice comunitario in ordine all'applicazione del diritto comunitario nel caso concreto²⁴⁰. Ed anche questa “clausola di salvezza” del potere decisorio, nel mentre detrae all'idea di una sospensione preventiva del processo civile per una mera

140-*bis*, in funzione del “rafforzamento” dell'arsenale probatorio dell'azione di classe cui la sospensione risulterebbe strumentale.

²⁴⁰ In questo senso sembra orientato DITTRICH, *Commento* sub art. 16, Reg. 1/2003, cit., 2125, secondo cui: “qualora sia prospettata davanti al giudice nazionale una questione già decisa dalla Commissione, si imporrà la rimessione del problema di interpretazione dell'art. 81 par. 1 e 2 alla Corte europea di giustizia al fine di dirimere il problema interpretativo che è così sorto. Qualora invece la divergenza tra la decisione della Commissione e l'opinione del giudice nazionale si fondi su una diversa valutazione dei fatti, il giudice nazionale ben potrà effettuare una valutazione diversa da quella fornita dalla Commissione stessa”. Ne accogliamo il pensiero a metà, e così solo per quel che concerne, in particolare, l'assenza di vincoli agli accertamenti *in facto* della Commissione in capo al giudice civile. Laddove l'A. opina invece che dalla decisione della Commissione nascerebbe un vincolo in capo al giudice nazionale quanto alla soluzione delle *quaestiones iuris* inerenti i medesimi fatti oggetto di cognizione nelle due *sedes* amministrativa e processuale, riteniamo che l'argomento possa essere superato anche senza ricorrere ai principi ed a partire dal tenore testuale del Regolamento 1/2003, che all'art. 15 (su cui v. anche *infra* nel testo) espressamente prevede che la Commissione, anche d'ufficio, possa presentare “osservazioni scritte” o, su richiesta del giudice nazionale, “pareri” sulle questioni relative all'applicazione delle regole di concorrenza (allo scopo di consentire all'esecutivo comunitario di valutare la fattispecie alle cure della giurisdizione nazionale dovrà naturalmente, in deroga a quanto previsto dall'art. 83, disp. att. c.p.c., permettersi che la Commissione acceda al fascicolo d'ufficio di cui è lecito ipotizzare verrà disposta la trasmissione): ora, sarebbe ben strano che il giudice nazionale fosse nell'un caso, e cioè al cospetto di una decisione individuale della Commissione, vincolato ai punti di diritto della motivazione, mentre nell'altro – parere od osservazioni della Commissione – gli fosse consentito liberamente di disattendere il punto di vista dell'esecutivo comunitario, alla stregua delle risultanze di una consulenza tecnica, principio riconosciuto ad ogni latitudine (v., per quel che concerne il *common law*, DWYER, *The judicial assessment of expert evidence*, Cambridge, 2008, 313: “it is settled law that the court is not bound generally to accept the evidence of an expert”).

convenienza istruttoria, onde cioè attendere i risultati acquisiti nel corso del procedimento di *public enforcement*, al tempo stesso impedisce di ragionare di sospensione *necessaria*, secondo la nozione accolta nel nostro ordinamento, e così in termini di pregiudizialità giuridica tra disinte *res decidendae* e di riconoscere agli accertamenti compiuti dalla Commissione rilevanza ai fini decisione della causa pendente avanti al giudice nazionale. Dovrebbe essere ormai chiara, del resto, la differenza che passa tra il caso in cui, decorso il ristretto termine perentorio per proporre l'azione di annullamento *principaliter* di un atto comunitario individuale, una o più parti del processo civile nazionale, le quali siano anche le destinatarie dell'atto comunitario, tentino di suscitare un rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale, avente ad oggetto la *quaestio validitatis* dell'atto non tempestivamente impugnato: nel qual caso, come ben si vede, l'efficacia (precettiva) del diritto comunitario individuale sarebbe minacciata direttamente e, diremmo, *in re ipsa*, dalla formazione di un giudicato sostanziale contrario, tenuto conto che “la effettività dell'atto comunitario individuale si concreta essenzialmente attraverso procedimenti esecutivi nazionali esposti alle relative opposizioni innanzi a giudici nazionali, ovvero attraverso ulteriori atti amministrativi interni (c.d. “amministrazione indiretta”) sindacabili innanzi alle rispettive giurisdizioni”²⁴¹; ed i casi, invece – diversi, dunque, da quelli che vedono i privati

²⁴¹ Così, BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria e processo civile*, cit., 91, in adesione al *dictum* di C. giust., 9 marzo 1994, in causa C-188/92, *TWD*, cit.. Secondo l'impostazione accolta dall'A., infatti, “se il privato destinatario dell'atto individuale” è parte anche del processo nazionale, il rinvio pregiudiziale della *quaestio validitatis* in forza dell'art. 177 risulterebbe, almeno nell'ambito del nostro processo civile, ultroneo e quand'anche avvenisse (a mio avviso patologicamente) non eliderebbe il particolare rapporto di pregiudizialità tra il processo interno e quello comunitario pendente *ex art. 173* [ossia in virtù dell'impugnazione *principaliter* promossa dal destinatario dell'atto avanti ai Giudici comunitari]. Il quale rapporto sarebbe di pregiudizialità fra cause in senso tecnico e non già in senso meramente logico, con conseguente diverso inquadramento del provvedimento sospensivo del giudizio interno. Per tale provvedimento la norma di riferimento, nel nostro sistema processualcivile, sarebbe rappresentata, questa volta sì, dall'art. 295 c.p.c.”. Inutile dire che l'A. (che scrive nel 1996) ancora non si confronta con il caso di un processo in cui il giudice nazionale sia bensì chiamato ad accertare i medesimi fatti sui quali la Commissione si sia già espressa mediante l'adozione di un atto individuale (sanzionatorio), ma il cui oggetto appaia inidoneo ad infirmare, in caso di accoglimento della domanda proposta dalla parte già destinataria dell'atto comunitario individuale, la portata precettiva dell'atto comunitario. La posizione di Briguglio, inoltre, là dove l'A. nega il concorso tra i “rimedi” a disposizione del singolo onde far valere l'illegittimità degli atti comunitari (ID., *op. cit.*, 92: “neppure quando il termine per il ricorso individuale *ex art. 173* sia eccezionalmente ancora aperto, il giudice nazionale, di

opporsi ad atti interni della p.a. degli Stati membri, emanati in attuazione del diritto comunitario derivato –, in cui si assiste a liti intersoggettive tra privati, la cui sfera giuridica non sia stata già costitutivamente innovata da atti comunitari individuali e nel cui ambito non venga fatta questione della validità di questi atti, che non hanno alcuna incidenza sulla *res iudicanda* civilistica, se non indirettamente o “di (pallido) riflesso”, per così dire, pur se non sarebbe ancora esatto usare l’espressione “in via di mero fatto”. Occorre esplicitare quest’ultimo punto: l’atto comunitario individuale, nella sua portata precettiva, come noto, vincola esclusivamente i suoi destinatari. Ora, è evidente che tale efficacia “vincolante” propria dell’atto comunitario individuale non possa tradursi che nel dovere per il giudice nazionale, chiamato a decidere su diritti ed obblighi in capo al singolo scaturenti dall’atto, di farne applicazione al pari di qualunque altra norma di diritto comunitario generale, senza poterne sindacare lui stesso la validità. Non potrebbe il giudice nazionale, per fare un concreto esempio attinente alla nostra materia, accertata nella causa civile di regresso solidale una gradazione delle colpe delle imprese corresponsabili di un cartello di prezzo diversa rispetto a quella assunta dalla Commissione alla base del calcolo delle ammende irrogate, condannare una di quelle a rivalere *pro quota* le altre partecipanti degli esborsi sostenuti per ottemperare alla sanzione irrogata dalla Commissione²⁴². Costituirebbe, un tal genere di capo

fronte al quale il destinatario dell’atto ne contesti la validità, può adire la Corte *ex art. 177*, surrogando un rinvio officioso ad un (necessario) autonomo ricorso di parte. Il giudice nazionale resterà dunque costretto a ritenere pienamente valido l’atto individuale, a meno di una tempestiva impugnazione dell’interessato innanzi alla giurisdizione comunitaria con la conseguenza, ove si tratti del nostro processo civile, della sospensione in forza dell’art. 295 c.p.c.”) pare apertamente contraddetta dall’orientamento inaugurato da Corte giust., sent. 21 maggio 1987, in causa C-133-136/85, *Walter Rau c. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, cit. *retro*, in cui la Corte di giustizia ha ammesso che il singolo può ben contestare avanti al giudice nazionale la validità di misure nazionali attuative del diritto comunitario, quantunque di atti comunitari individuali autonomamente impugnabili per ottenerne l’annullamento, spettando al giudice nazionale, in tal caso, sollevare pregiudizialmente la *quaestio validitatis* dell’atto comunitario, ove la soluzione si imponga come necessaria per la decisione della causa. L’A., per il vero, si limita a dar conto (a pag. 90, alla nota 211) del contrasto tra questa sentenza ed il precedente *TWD*, senza peraltro tentare di fornire una interpretazione coerenziatrice tra i due arresti o di trarne una conclusione più generale, che potrebbe comunque abbozzarsi in questi termini: ossia di una tendenziale insufficienza del solo principio di effettività del diritto comunitario a consentire di attingere risposte univoche di fronte ad una casistica prismatica.

²⁴² In arg. v. DUNLEAVY, *Contribution among Antitrust Defendants in English Law*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2009, 22 ss., 25, il quale pure esclude che il giudice civile sarebbe vincolato in tal caso

condannatorio, un *contrarius actus* rispetto agli effetti del potere sanzionatorio esercitato dalla Commissione e concretizzato nella decisione, emanante da un organo di uno Stato membro “non autorizzato” dall’ordinamento comunitario a contraddire l’atto impositivo della Commissione, per dirla con Merkl²⁴³. Laddove, invece, l’atto comunitario individuale, quantunque vincolante per i suoi destinatari, non venga in rilievo per la decisione della controversia; là dove non sia il suo effetto quello di conformare la realtà giuridica sostanziale e così i rapporti e i diritti soggettivi che formano oggetto del processo nazionale, ecco che tutto il discorso sviluppatosi attorno alla valutazione di opportunità (o doverosità) di sospendere il processo nazionale (*de iure condito*, anche preventivamente rispetto all’adozione dell’atto *in thesi* “influyente” nella sua portata dichiarativa) perde ogni attrattiva. Se questa prospettiva, che muove dall’insussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie per cui si giustifica la sospensione del processo civile appare, in definitiva, la sola suscettibile di accoglimento senza rinnegare i principi, ci troviamo al cospetto di un enunciato privo di norma²⁴⁴?

Certo, si potrebbe ritenere che l’art. 16 abbia conferito ai giudici nazionali un potere-dovere “autonomo” di sospensione del processo civile, da esercitarsi appunto anche in ipotesi di mero avvio dell’istruttoria amministrativa da parte della Commissione²⁴⁵, per quanto, all’evidenza, eccentrico rispetto ai normali criteri sottesi al fenomeno sospensivo per diritto processuale interno; ed allora con intervento del

dagli accertamenti della Commissione, la cui decisione, secondo l’A., “may be a useful resource in deciding which parties were more responsabile”, non già una prova legale incontrovertibile della gradazione delle rispettive colpe.

²⁴³ *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987, 338.

²⁴⁴ Da un punto di vista meno teoretico, è quanto, allo stato, sembrerebbe emergere dai rapporti nazionali sull’applicazione del Reg. 1/2003, in cui l’ipotesi di sospensione “prognostica” prevista dall’art. 16, co. I, Reg. cit. è variamente definita come *Fredmkörper* rispetto alla *lex fori* e di assai dubbia applicabilità/compatibilità con i principi costituzionali e si esita a far leva sull’interpretazione autonoma del diritto comunitario: v. CAHILL-COOKE-WILS, *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, Cambridge, 2004, ed ivi spec. i rapporti stilati per Austria, Germania, Grecia, Italia, Ungheria, Irlanda. Un’apertura in tal senso è dato cogliere invece nel rapporto francese, ove si legge che: “le droit français n’impose pas davantage une obligation de suspendre la procédure si la Commission envisage de prendre une décision. C’est une simple faculté. Cette faculté ne peut être transformée en obligation que par le droit communautaire (art. 16 du règlement consacrant la jurisprudence *Masterfoods*)”.

²⁴⁵ Così, NEGRI, *Procedimenti paralleli*, cit., 76.

legislatore comunitario che si paleserebbe assai incisivo sull'autonomia processuale degli Stati membri. Oppure si potrebbe pensare anche – ipotesi che sembrerebbe più confacente e corroborata dal ventiduesimo ‘considerando’ del Reg. 1/2003, che disvela l'*intentio* di essersi voluto dal Legislatore comunitario soltanto “precisare” una certa giurisprudenza della Corte di giustizia – che il linguaggio discorsivo e atecnico dell'art. 16, Reg. 1/2003 abbia recepito null'altro che il *dictum* della pronuncia *Masterfoods* (v. *retro*), allorché la Corte di giustizia, rivolgendosi alla remittente Supreme Court irlandese, il cui ordinamento non conosce ipotesi di sospensione necessaria ed ammette invece un esercizio sempre discrezionale e latissimo del potere del giudice di sospendere il processo (che nel caso di specie, si ricorderà, pendeva in ultimo grado, in parallelo al gravame comunitario avverso una decisione della Commissione), esortava quest'ultimo a sospendere il giudizio di legittimità sulla sentenza di primo grado, senza più di tanto curarsi di eventuali limitazioni alla sospensione che potessero sussistere in altri Stati membri²⁴⁶. Ma entrambe le ricostruzioni risulterebbero, a ben vedere, inappaganti: l'una per eccesso, implicando una soverchia intrusione nella sfera della disciplina del processo riservata agli Stati membri; l'altra per difetto, poiché pretenderebbe di ricondurre alle tipicità di un singolo ordinamento il senso di una norma di diritto comunitario derivato, che esige d'essere applicata in tutti gli Stati membri.

8. *L'art. 16, Reg. 1/2003 è derivato dal principio di leale collaborazione: esso esorta le giurisdizioni nazionali ad avvalersi di ogni mezzo previsto dalla lex fori per evitare contrasti decisorii, ma non costringe a deviare dai principi costituzionali ed in specie dal principio di soggezione del giudice (soltanto) alla legge.*

²⁴⁶ Un accenno in tal senso è in CIAMPANI, *Parallel proceedings tra organi comunitari ed autorità giurisdizionali interne: il ruolo della sospensione per pregiudizialità*, cit., 63: “Il principio di discrezionalità enunciato nella sentenza *Masterfoods* trova presumibilmente la sua origine, sul piano storico-politico, nella sostanziale estraneità della figura della “sospensione necessaria”, rispetto agli ordinamenti di *common law* e partitamente a quelli anglosassoni, in cui normative che limitassero la discrezionalità dell'autorità giudiziale nella valutazione delle vicende processuali mai hanno avuto buona ospitalità”.

È dunque tempo di sciogliere la riserva sul significato ambiguo di questo art. 16, Reg. 1/2003, che la messa a fuoco delle sue varie sottoipotesi in parte ha aiutato a chiarire. Nelle sue involute fogge, questa disposizione non ha altro scopo se non quello di richiamare il giudice nazionale al rispetto del principio dell'applicazione uniforme del diritto comunitario. In null'altro si traduce lo stentoreo "divieto" (senza espressa sanzione) di pronunciare in contrasto con una decisione della Commissione, se non nell'esortazione che il legislatore comunitario rivolge al giudice nazionale affinché questi, nella sua indiscussa indipendenza funzionale ed autonomia di giudizio, non decida "a cuor leggero" su una vicenda, che egli sappia aver già messo in moto l'intervento della Commissione ed esser stata da quest'ultima ritenuta distonica rispetto all'ordinato svolgimento della concorrenza e del mercato e meritevole pertanto di sanzione irrogata livello pubblicistico. È una derivazione del principio generale di leale collaborazione tra gli organi comunitari e degli Stati membri quella che grava sul giudice nazionale, quantunque la sua libertà di apprezzamento non possa esser costretta o limitata, nell'applicazione degli artt. 101 e 102 TfUE, dall'esistenza di un atto comunitario individuale che vincola solo i destinatari. Volendo appena un poco approfondire il significato di quest'ultima affermazione, che potrebbe altrimenti rischiare di suonare vaga, può esser utile richiamare la distinzione che suol trarsi tra gli effetti giuridici *interni* e gli effetti giuridici *esterni* della sentenza, coi primi intendendosi quegli effetti – per tutti, il giudicato – che discendono dalla volontà (del diritto obiettivo) dichiarata nell'atto, "per i quali la sentenza è atto giuridico"; coi secondi indicandosi invece gli effetti "che non si ricollegano in alcun modo alla volontà espressa nell'atto giurisdizionale", ovvero tutte quelle conseguenze giuridiche della sentenza "fissate in anticipo dalla legge, ed assolutamente indipendenti, anche nella determinazione del loro contenuto, dalla volontà del giudice": e così, ad es., l'idoneità della condanna a consentire l'iscrizione di ipoteca, a valere come titolo esecutivo, etc.²⁴⁷. Le decisioni della Commissione in materia *antitrust*, vorrebbe affermarsi,

²⁴⁷ V. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 15

allorché si accostano al fenomeno processuale nazionale, producono effetti di questa seconda specie, che si atteggianno a doveri (non incidenti immediatamente sul contenuto di merito della decisione; non già *ad litem decidendam*) per il giudice nazionale, di tenere in considerazione il punto di vista (pur non vincolante per lui) espresso dalla Commissione con propria decisione; di favorire, per tale via, l'effettività del diritto comunitario di cui la decisione della Commissione è fonte pur sempre, utilizzando a tal fine ogni mezzo consentito dal diritto processuale interno, nei limiti, come più volte e dallo stesso Reg. 1/2003 ribadito, del rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario e degli Stati membri. Con quali conseguenze?

Nella misura in cui una (preesistente) decisione della Commissione sia stata già prodotta in giudizio da una delle parti, valorizzandone la motivazione in diritto quale espressione autorevole (non già vincolante però; ché se vi sarà da risolvere una *quaestio iuris* di diritto comunitario il giudice nazionale potrà sempre chiedere il responso – questo solo vincolante – della Corte di giustizia) dell'istituzione comunitaria deputata all'orientamento della politica della concorrenza. Quanto ai fatti accertati e alle prove assunte dalla Commissione nel corso dell'istruttoria, potrà certo disporre il giudice nazionale, e senza andare contro il principio dispositivo (di cui la disponibilità delle prove non è stretto corollario²⁴⁸), ispezioni e ordini esibitori analoghi, sulla falsariga degli atti compiuti dalla Commissione, ed avvalersi dei canali tipizzati dall'art. 15, Reg. 1/2003, vale a dire della richiesta delle informazioni in possesso della Commissione o di “pareri” in merito all'applicazione del diritto comunitario²⁴⁹. Più interessante tuttavia è

ss., ispirato dalla innovativa proposta di MORELLI, *La sentenza internazionale*, Padova, 1931, di considerare la sentenza come fatto giuridico in senso stretto “per spiegare come possa nell'ordinamento internazionale nascere il giudicato da una decisione arbitrare che non è imputabile né alla volontà degli Stati litiganti né alla volontà degli arbitri, i quali, come individui, non hanno personalità internazionale”.

²⁴⁸ Neppure quella dottrina (CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 407 ss., spec. 415 ss.) che pure riconduce al principio della domanda lo stesso potere di allegazione (peraltro dei soli fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio) e non vede pertanto con favore allargamenti del perimetro della cognizione del giudice.

²⁴⁹ Questi poteri, in particolare, potranno essere esercitati solo d'ufficio, e non dalle parti, come osserva DITTRICH, *Commento* sub art. 15, Reg. 1/2003, in MARCHETTI-UBERTAZZI, *Comm. dir. conc.*, cit., 2123, e come pianamente si desume dal tenore testuale della norma. Con riferimento al diritto interno, e così al rapporto fra il giudice civile e l'Agem, v. Negri, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., 162 ss..

chiedersi cosa accada allorché dalla motivazione della decisione della Commissione emergano circostanze fattuali non dedotte dalle parti, e così se il giudice possa compiere atti istruttori finalizzati alla prova di circostanze *ultra alligata partium*. Ed è questo l'aspetto problematico, che si ripropone analogo allorché la Commissione, anche d'ufficio, presenta "osservazioni scritte" alle giurisdizioni nazionali sulle questioni giuridiche implicate dalla controversia, su cui meriterà riflettere chiedendosi in particolare in quale misura la fissazione dei fatti operata dalle parti del processo possa subire un allargamento in nome di un interesse pubblico, qui coincidente con l'effettività stessa del diritto comunitario della concorrenza²⁵⁰. Basti osservare che non parrebbe qui lecito semplicemente trasporre quel che si afferma con riguardo, ad esempio, alla posizione dell'interveniente adesivo e per giustificarne, in particolare, la pienezza dei poteri di allegazione (anche di fatti costitutivi, con il solo limite del mutamento dell'oggetto del giudizio a fronte di domande principali eterodeterminate): vale a dire che anch'egli diviene parte del processo e propone una propria domanda di accoglimento o di rigetto della domanda principale, avendone lui stesso interesse sostanziale sia pur di riflesso²⁵¹. Il rispetto del principio dispositivo, fino ad oggi punto fermo della giurisprudenza della Corte di giustizia (casi *Eco Swiss, van Schijndel, Kapferer*) – che ricorre ad altri modi per massimizzare l'effettività del diritto comunitario, ad esempio al principio di equivalenza onde provocare la rilevabilità d'ufficio delle violazioni delle sue stesse norme (casi *Eco Swiss; Asturcom*)²⁵² – potrebbe dunque entrare in conflitto con tali esigenze (di uniformità applicativa del diritto obiettivo). Eppure, si osservi, queste ultime non sono avvertite così fortemente dall'ordinamento comunitario dall'imporre, ad esempio, un obbligo di notificazione

²⁵⁰ Possibilista al riguardo è NEGRI, *op. cit.*, 174-175, la quale, tuttavia, avverte che la Commissione, "intervenendo" nel processo a mezzo delle proprie osservazioni orali, potrà talora comportare uno squilibrio nella *Waffengleichheit*, ove la posizione dell'istituzione comunitaria si palesi in fatto collimante e dunque adesiva alle difese di una delle parti.

²⁵¹ V. CHIZZINI, *Privato e pubblico nella ripartizione dei ruoli processuali: i poteri dell'interveniente adesivo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1996, 335 ss., 355-356.

²⁵² Per una panoramica analitica su questa giurisprudenza, v. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario*, cit., 165 ss..

preventiva della pendenza di un giudizio *antitrust* alla Commissione, mentre è solo previsto che le relative sentenze siano trasmesse all'esecutivo “*senza indugio, dopo che il testo integrale è stato comunicato alle parti*” (art. 15, co. II, Reg. 1/2003²⁵³).

A fronte dell'ampia gamma di strumenti di cui il giudice nazionale dispone per acquisire il punto di vista dell'esecutivo comunitario prima di pronunciarsi sulla *res iudicanda* rilevante per il diritto della concorrenza, potendo finanche autorizzare la presenza all'udienza della Commissione, per la presentazione di “osservazioni orali” (art. 15, co. III, Reg. 1/2003), verrebbe semmai fatto di chiedersi, allorché di tali poteri sia stato fatto utilizzo e l'esecutivo comunitario sia dunque “*intervenuto*” nel processo nazionale, se non ne nasca in capo alla Commissione una sorta di preclusione all'avvio di un'istruttoria ed all'assunzione di una propria decisione sui medesimi fatti, successiva alla formazione del giudicato nazionale formatosi con la sua partecipazione, e suscettibile di sfociare in una decisione in grado di perturbarne gli effetti. Il Reg. 1/2003, come sappiamo, detta una disciplina in cui spicca la finalità preventiva dei conflitti decisorii, ma nulla è previsto con riguardo alla fattispecie in cui una sentenza nazionale contrasti con la decisione della Commissione. Si pensi a una sentenza dichiarativa della validità di un contratto pluriennale a prestazioni periodiche passata in giudicato seguita da una decisione della Commissione che, ritenuto il medesimo contratto strumento attuativo di un'infrazione degli artt. 101 o 102 TfUE, commini una sanzione ad uno soltanto o a tutti i contraenti. Oppure ancora al caso di una condanna inibitoria incompatibile con certi obblighi di condotta successivamente imposti dalla Commissione alle parti del processo concluso, che si vedrebbero assoggettate a comandi contraddittori. In dottrina, partendo dall'analisi della recente giurisprudenza

²⁵³ Tutto sembra dunque tendere ad assicurare la concentrazione delle “istanze” proprie dell'ordinamento comunitario, esplicitate attraverso l'esercizio dei poteri partecipativi spettanti alla Commissione, nei superiori gradi del giudizio nazionale, quando anche il potere di rimessione delle questioni pregiudiziali interpretative alla Corte di giustizia diventa da facoltativo a cogente (sul punto è inequivoco l'art. 16, Reg. 1/2003, che fa salvi “i diritti e gli obblighi di cui all'art. 234 del trattato), che espone lo Stato membro a responsabilità risarcitoria, se i suoi giudici di vertice abbiano pronunciato una decisione manifestamente erronea dal punto di vista del diritto comunitario, senza avere previamente adito la Corte di Lussemburgo (*Köbler*). Sempre a riprova, secondo noi, della piena indipendenza di giudizio che anche il Regolamento 1/2003 riconosce al giudice nazionale

della Corte di giustizia in tema di giudicato “contrastante” con il diritto comunitario obiettivo e dal principio, che ne sarebbe emerso, della tendenziale stabilità degli effetti del giudicato in nome della certezza del diritto, si è proposto di inquadrare la successiva decisione della Commissione “come un fatto sopravvenuto che incide sulla situazione sostanziale oggetto del giudicato, e precisamente come un fatto estintivo sopravvenuto che determina, *ex nunc*, l’inesigibilità della prestazione, e che come tale ben può essere eccepito dalla parte richiesta di adempiere [un contratto giudicato valido in sede civile], in sede di opposizione all’esecuzione ovvero in un giudizio volto ad ottenere il risarcimento del danno. La decisione amministrativa, in questa prospettiva, non travolge l’accertamento giudiziale ma solo rende infondata (*ex nunc*) la pretesa di adempimento del contratto”²⁵⁴. Dunque proponendosi di impostare la soluzione in chiave di limiti cronologici del giudicato. E tuttavia, come non rilevare che, ad ammettere questa impostazione – che assume pure, è bene ricordare, l’efficacia vincolante delle decisioni della Commissione sul piano della cognizione del giudice –, si consentirebbe alla Commissione di derogare apertamente alla *lex specialis* che regola i rapporti sostanziali *inter partes*, come accertati dalla sentenza passata in giudicato²⁵⁵.

²⁵⁴ Così NEGRI, *op. cit.*, 103.

²⁵⁵ V. ID., *op. cit.*, 243, in nt. 156: “Ad esempio, se successivamente al passaggio in giudicato della sentenza, che condanna le imprese colludenti a risarcire il danno patito da un concorrente, intervenisse l’autorizzazione retroattiva, il risarcimento del danno liquidato nella sentenza ... non dovrebbe certo essere restituito; mentre in un nuovo giudizio, in cui si pretendesse il risarcimento del danno relativo ad un periodo posteriore, l’autorizzazione potrebbe essere eventualmente opposta”. L’esempio è formulato con riguardo al diritto italiano, ma può essere facilmente trasposto sul terreno del diritto comunitario, laddove si ipotizzi che, a seguito di istruttoria condotta su un certo tipo di accordo o di pratica, la Commissione stabilisca mediante propria decisione l’inapplicabilità dei divieti *antitrust* a tali accordi o pratiche, i quali abbiano formato la *causa petendi* di una domanda risarcitoria accolta con sentenza passata in giudicato. Si ipotizzi, a questo punto, che una delle imprese partecipanti all’accordo o alla pratica giudicata illecita e solidalmente condannate al risarcimento del danno a favore di un “terzo”, abbia adempiuto all’obbligo risarcitorio a valle della sopravvenuta decisione della Commissione relativa alla inapplicabilità dei divieti *antitrust* alla fattispecie e che questa stessa impresa abbia indi promosso una domanda di regresso nei confronti delle condebitrici solidali soccombenti nei confronti del terzo nel primo processo. Potranno, queste ultime, opporre all’attrice regrediente la decisione della Commissione, la quale ha accertato la liceità dell’accordo che fu alla base della condanna, e così eccepire l’indebito pagamento che il *solvens* abbia effettuato a favore del terzo in ottemperanza al giudicato, ovvero l’attrice potrà liberamente regredire? Secondo la tesi riportata nel testo, la domanda di regresso non potrebbe trovare accoglimento, dovendosi ritenere che il *solvens* ben avrebbe potuto rifiutare il pagamento

È a fronte di questa inappagante prospettiva del giudicato (*recte*: della sua efficacia precettiva *inter partes*) in posizione di netta subalternità rispetto al comando impartito da un organo amministrativo, che, in tempi più recenti, sembra affiorare timidamente in dottrina²⁵⁶ e con maggior vigore in almeno un caso giurisprudenziale d'Oltremarica²⁵⁷, una tesi diversa, per cui sarebbe la Commissione a trovare

richiesto sulla base del titolo giudiziale, opponendo la sopravvenuta decisione della Commissione alla pretesa del danneggiato.

²⁵⁶ V. KOMNINOS, *Effect of Commission decisions on private antitrust litigation*, cit., il quale osserva che: “more sensitive would be for the Commission to adopt a decision subsequent to a national judgment, when the national court has sought a preliminary ruling from the Court of Justice. In such case, it is hardly arguable that the Commission is impeded in adopting a subsequent decision, although certainly in practice such an action is highly unlikely. In law, the Commission could still proceed to the adoption of a decision which, nevertheless, would have to be compatible with the Court of Justice’s subsequent ruling in its substance otherwise it would be liable to be annulled and the national court could of course disregard it”.

²⁵⁷ High Court of Justice, 29 luglio 2010, [2010] EWHC 1978 (Ch), *per* Floyd J. Nel 2006 la Commissione irrogava una sanzione pecuniaria a carico di due imprese inglesi ed una impresa francese avendo accertato l’esistenza di un cartello di prezzo nel mercato del bronzo per finiture. Poco tempo dopo la decisione, una delle imprese sanzionate, la IPB Ltd., veniva sottoposta ad *administration* nel Regno Unito, procedura gorsso modo assimilabile alla nostra amministrazione straordinaria. Nel corso di detta procedura, le attività della IPB venivano cedute ad una società costituenda, la Conex, la quale assumeva altresì i debiti verso i creditori privilegiati, tra cui non rientrava la Commissione, titolare di un credito chirografario. Conclusa l’operazione di cessione degli *assets*, la Commissione indirizzava alla Conex una serie di richieste di informazioni formali. La Conex, prospettando lo stato di incertezza indotto da tali richieste circa l’esistenza di una sua obbligazione solidale verso la Commissione, in qualità di assuntore delle attività e, parzialmente, delle passività di un’impresa sanzionata per una violazione *antitrust*, conveniva la Commissione europea avanti alla High Court per ottenere un *declaratory judgment* che dichiarasse l’assenza di qualsiasi obbligo in tal senso. Oltre alla propria domanda di merito, l’attrice formulava altresì un’istanza affinché il giudice adito sottoponesse alla Corte di giustizia due quesiti pregiudiziali concernenti: il primo, l’ammissibilità di un’azione declaratoria avanti ad un giudice nazionale finalizzata all’accertamento preventivo di un eventuale obbligo solidale tra assuntrice ed impresa sanzionata, prima che la Commissione si sia pronunciata in proposito con propria decisione; il secondo, relativo alla soluzione da darsi al “merito” della *quaestio iuris* prospettata nel primo quesito. Nel costituirsi in giudizio, la Commissione eccepeva il difetto di giurisdizione del giudice adito, sostenendo che una eventuale pronuncia del giudice nazionale avrebbe interferito con l’istruttoria della Commissione ancora in corso ed invocando altresì il divieto per il giudice nazionale di prendere decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione; in secondo luogo, la Commissione eccepeva l’inammissibilità della domanda attrice per difetto di interesse ad agire, atteso che la sentenza non avrebbe comunque vincolato la Commissione nell’esercizio del suo potere sanzionatorio, talché l’attore non avrebbe ritratto alcuna utilità dalla declaratoria richiesta. Con il provvedimento in commento la High Court rigettava l’istanza di rinvio pregiudiziale non ritenendo che la Corte di giustizia avrebbe potuto utilmente rispondere ad un quesito pregiudiziale che sarebbe apparso ancora ipotetico, non avendo la Commissione ancora assunto alcuna decisione impositiva di obblighi a carico dell’attrice. Significativo però è il seguente passaggio, sia pure trattandosi di un *obiter dictum*, della motivazione: “No doubt the position would be different if, by the time of trial, the ECJ had answered the questions referred in Conex’s favour, to the effect that on the present facts there was no basis to hold Conex liable. At one

nell'incontrovertibilità dell'accertamento giudiziale *inter partes* che l'abbia in qualche modo "coinvolta" un limite rispetto all'esercizio di prerogative che, quanto all'applicazione degli artt. 101 e 102 TfUE, le spettano in via solo concorrente con le giurisdizioni degli Stati membri. Più recentemente ancora, lo stesso Tribunale di Primo Grado (ora, Tribunale Generale) si è espresso in termini di netta "indipendenza" tra processo nazionale avente ad oggetto crediti aquiliani nascenti da violazioni del diritto *antitrust* e giudizio di annullamento della decisione della Commissione, invocata dal danneggiato nel giudizio risarcitorio promosso nei confronti di una impresa sanzionata in sede amministrativa²⁵⁸.

Non diverso, in definitiva, secondo noi, è il significato che può essere attinto oggi dall'art. 16, Reg. 1/2003 rispetto a quello che emergeva assai più nitidamente dal suo corrispettivo nella bozza di Regolamento di cui al "preparatorio" Libro Bianco del 19 dicembre 2000. Ivi campeggiava, di tenore accosto all'alveo comunitario del dovere di leale collaborazione, che nelle pagine precedenti s'è cercato di enucleare nelle sue varie manifestazioni, e sotto una rubrica anch'essa più precisa di quella attuale²⁵⁹, il seguente

point the Commission appeared to be arguing that, even then, the Commission would not be bound to take notice of these decisions. In practical terms, however, it seems to me unlikely that the Commission would press on in the face of such an adverse decision. To do so would be to fly in the face of the rule of law".

²⁵⁸ Tribunale Generale UE, Terza Sezione (Pres. Azizi; rel. Cremona), 5 ottobre 2011, in causa T-19/06, *Mindo Srl c. Commissione*. Nel 2002 la Commissione avviava un'indagine sul mercato del tabacco in Italia che si concludeva nel 2006 con l'irrogazione di una sanzione di 10 milioni posta solidalmente a carico delle società Alliance One e Mindo srl. Nelle more dell'istruttoria e così prima dell'irrogazione delle sanzioni, le quote della Mindo srl erano state cedute a terzi, estranei al gruppo Alliance One. A seguito della decisione della Commissione, Alliance One versava l'intero importo della sanzione. La Mindo srl, temendo un'azione di rivalsa da parte di Alliance One, impugnava a questo punto la decisione della Commissione avanti al Tribunale Generale, chiedendone l'annullamento o, in subordine, la riduzione dell'ammontare delle sanzioni. Un ampio contraddittorio si sviluppava in ordine alla questione dell'interesse ad impugnare della ricorrente, atteso che quest'ultima non aveva prodotto alcun documento da cui emergessero contestazioni o vanti da parte di Alliance One nei suoi confronti. La società italiana provava allora a prospettare l'esistenza di un interesse all'annullamento della decisione sanzionatoria della Commissione, la quale avrebbe potuto innescare domande risarcitorie da parte dei terzi nei suoi confronti. Tale argomento provocava la seguente presa di posizione del Tribunale: "even on the assumption that the misconduct of the applicant, may be the cause of acts capable of giving rise to the applicant's liability under applicable national law, it must be stated that any claim for damages before the national court is independent of any annulment of the contested decision" (punto 100).

²⁵⁹ Si parlava, infatti, nel Libro Bianco di "*Applicazione uniforme del diritto comunitario della concorrenza*", non già, come nella versione odierna della rubrica dell'art. 16, Reg. 1/2003, di "*Applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di concorrenza*", quasi a sottendere un obbligo

enunciato: “*In virtù dell’articolo 10 del trattato e del principio d’applicazione uniforme del diritto comunitario, gli organi giudiziari e le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri devono adoperarsi [“*müssen bestrebt sein*”; “*shall use every effort*”; “*doivent s’efforcer*”; “*debéran procurar*”] affinché non siano adottate decisioni in contrasto con le decisioni adottate dalla Commissione*”. Un ritorno, a livello ermenutico possibile secondo noi, a codesto nucleo normativo originario, segnerebbe un promettente inizio della stagione che attende: tra omologazione e “coesione” processuale imposta dall’alto, forse ancora prematuramente (abolizione dell’*exequatur* nello spazio giudiziario europeo).

per il giudice nazionale di applicare uniformemente non solo le disposizioni del Trattato e così gli artt. 101 e 102 TfUE, che godono di efficacia diretta, come sappiamo; ma anche ogni loro concretizzazione da parte della Commissione, in virtù di decisioni individuali: cosa quest’ultima da escludersi, come si spera d’aver dimostrato.

PARTE TERZA

RECENTI QUESTIONI SUL RIPARTO INTERNAZIONALE DI GIURISDIZIONE

SEZIONE I

Sui criteri di giurisdizione come strumenti di attribuzione della competenza per territorio nel caso di azioni di classe contro imprese convenute straniere.

SOMMARIO: 1.- L'aporia normativa dell'art. 140-*bis* cod. cons. con riguardo ai criteri di competenza interna nei confronti di imprese convenute con sede all'estero. 2.- La bivalente natura dei criteri di giurisdizione previsti dal Reg. 44/2001. 3.- La individuazione del foro territorialmente competente nel caso di azioni di classe deducenti illeciti contrattuali. 4.- La delibazione della competenza del Tribunale adito va effettuata con riguardo alla situazione giuridica isomorfa facente capo al proponente l'azione di classe.

1. L'aporia normativa dell'art. 140-bis cod. cons. con riguardo ai criteri di competenza interna nei confronti di imprese con sede all'estero.

Ci si interroga – invertendo all'uopo i termini di uno scritto di G. Raiti (in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1138 ss.), che, sulla scia di Attardi, Starace, Luzzatto, Brogginì ed altri ancora, evidenziava l'esorbitanza del richiamo a tutti i criteri di competenza interna operato dall'art. 3, c. II, ult. parte, l. n. 218/95, in materia di giurisdizione – sull'opportunità (o doverosità) di individuare la competenza per territorio del giudice adito con un'azione risarcitoria collettiva attraverso gli stessi criteri di radicamento della giurisdizione previsti dalle regole uniformi di Bruxelles, allorché la convenuta sia un'impresa comunitaria, priva di sede in Italia (nella triplice declinazione di cui all'art. 60 Reg. n. 44/2001). E la giurisdizione italiana sussista, così, in forza di un titolo

diverso dal generale *forum domicilii* di cui all'art 2 Reg. n. 44/2001. La questione mette a nudo una delle persistenti aporie dell'art. 140-*bis* cod. consumo, da superare in via interpretativa. Nel testo modificato dall'art. 49 L. n. 99/2009 (in vigore dal 1° gennaio 2010), l'art. 140-*bis* cod. cons. ha infatti mantenuto inalterato il riferimento al luogo della sede della convenuta quale unico criterio attributivo della competenza territoriale. Scelta poco congeniale, considerata l'estensione dell'ambito di applicazione del nuovo strumento di tutela agli illeciti *antitrust*, tipicamente plurioffensivi, ma sovente anche multigiurisdizionali e tali perciò da reclamare la previsione di criteri di allocazione delle controversie alternativi rispetto a quello fondato sul fatto "estrinseco" della sede d'impresa, che nella più parte dei casi risulterà inoperante.

2. *La bivalente natura dei criteri di giurisdizione previsti dal Reg. 44/2001.*

A fronte del serbato silenzio legislativo, è dunque spontaneo domandarsi se – in difetto di sede in Italia della convenuta – i criteri di collegamento che fondano la giurisdizione possano (o debbano) concorrere altresì a determinare il giudice internamente competente a conoscere delle azioni di classe, tra gli undici Tribunali di capoluogo designati dalla legge tra quelli organizzativamente idonei a sostenerne la "mole". È discusso se i criteri di giurisdizione uniformi previsti dal Reg. n. 44/2001 godano di una siffatta ambivalenza (favorevoli Luzzatto, Mari, Von Hoffman-Thorn, Briggs-Rees, Jenard, adesivamente cit. in Franzina, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova 2006, 24, nt. 5, nonché Carbone, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino 2006, 58-59; *contra*, Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere nel Reg. n. 44/2001*, Padova 2006, 98-99). Recentemente, la tesi favorevole è stata sostenuta da Bariatti (*Le azioni collettive dell'art. 140-bis del Codice del consumo: aspetti di diritto internazionale privato e processuale*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, 19 ss.). Nel caso di azioni collettive deducenti crediti risarcitori da illecito extracontrattuale (danno da prodotto; da violazione di norme *antitrust*), competente tanto internazionalmente quanto internamente sarebbe così, in base all'art. 5, n. 3, Reg. n. 44/2001, il giudice del luogo in cui è stato posto in essere il fatto lesivo ovvero in cui si è verificato l'evento dannoso.

In quest'ultimo caso, ipotizzando che la condotta illecita sia stata invece tenuta all'estero, l'azione di classe potrebbe dunque essere proposta avanti al Tribunale nel cui circondario risieda una delle vittime dell'illecito. A patto, però, che in tale luogo la vittima abbia subito un danno diretto, e non già una mera diminuzione patrimoniale come riflesso di una perdita realizzatasi interamente altrove (ove ad es. i fondi per un investimento finanziario fossero attinti da un conto estero: C. Giust., 10.6.2004, causa C-168/02, *Kronhofer*). È peraltro alle viste una modifica dell'art. 5, n. 3, Reg. n. 44/2001, onde conferire la giurisdizione al giudice dello Stato membro il cui mercato interno sia interessato dagli effetti di una violazione dei precetti *antitrust* (v. Hess, *Cross-border Collective Litigation and the Regulation Brussels I*, in *IPRax*, 2/2010, 116 ss., 118 e nt. 34).

3. *La individuazione del foro territorialmente competente nel caso di azioni di classe deducibili illeciti contrattuali.*

Più problematica potrà risultare, invece, la determinazione del foro competente allorché l'azione collettiva abbia titolo contrattuale. La Corte di Giustizia, come rileva Bariatti, ha bensì affermato che l'art. 5, n. 1, lett. *b*, Reg. n. 44/2001 designa direttamente anche il giudice competente per territorio (C. Giust., 3.5.2007, causa C-386/05, *Color Drack*, punto 30). Tuttavia, nel caso delle azioni di classe difficilmente potrà individuarsi *ex ante* un solo luogo di consegna (o prestazione del servizio), e tanto meno un luogo di consegna "principale" in ragione di criteri economici, posto che le pretese avanzate nei confronti dell'impresa convenuta deriveranno tipicamente da contratti *standard* aventi ad oggetto prestazioni omogenee da rendersi a vantaggio di ciascun aderente, e che eventuali differenze quantitative fra le prestazioni rese a favore degli appartenenti alla classe potrebbero comunque emergere solo in occasione della loro adesione, successiva rispetto al preliminare vaglio di ammissibilità dell'azione collettiva, nell'apposita udienza di filtro. Vaglio che potrà appunto estendersi alla verifica dei presupposti processuali "ordinari", allorché questi ultimi già risultino manifestamente insussistenti (Consolo, *L'azione risarcitoria di classe "di nuovo in cantiere": comunque, quale giurisdizione sulle imprese convenute straniere?*, *Int'l lis*

3/2009, 124 ss., 126, nt. 3). Rileveranno, infine, le speciali norme previste dagli artt. 15 ss., Reg. n. 44/2001, che consentono al consumatore di promuovere l'azione nel *forum actoris* (di ciascuno).

Tuttavia, mentre la precedente formulazione dell'art. 140-*bis* cod. cons. poneva l'accento sull'attore esponenziale, legittimato esclusivo a proporre l'azione collettiva, ciò che aveva fatto concludere che la competenza interna sarebbe dipesa dalla sede dell'attore formale – associazione consumeristica o comitato costituito *ad hoc* – giusta l'art. 18, c. 2, c.p.c. (Id., *op.cit.*, 126), l'odierna enfasi che la norma pone sul consumatore, titolare sostanziale del diritto individuale, azionabile “*anche* mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa”, induce inevitabilmente a ritenere che la competenza per territorio dovrà essere appurata sempre e solo in base alla residenza del consumatore parte sostanziale, quale una sorta di *anchor plaintiff*: sia che questi cumuli in sé il ruolo di *class representative* e di promotore dell'azione collettiva, impegnandosi dunque a sostenere lui stesso le spese per la pubblicità dell'azione e a raccogliere le adesioni; sia che il consumatore – che pure in questo secondo caso figurerà quale attore formale – si limiti, come più frequentemente avverrà, a conferire all'uopo mandato ad un ente esponenziale, onde essere affiancato dalla struttura organizzativa dell'ente (dotato di maggiore capacità economica e mediatica) in tutte quelle attività esulanti dall'esercizio dello *ius postulandi* (spettante al difensore) e di cui il processo collettivo esigerà, nondimeno, il compimento.

4. *La delibazione della competenza del Tribunale adito va effettuata con riguardo alla situazione giuridica isomorfa facente capo al proponente l'azione di classe.*

Volendo ancora un poco restringere il potenziale di *forum shopping* che comunque si presenterà all'attore – pur così onerato di verificare preventivamente che almeno uno degli aderenti, quando non già sé medesimo, abbia la propria residenza nel circondario del tribunale da adire – potrà optarsi per una soluzione intermedia, che garantirà, tra l'altro, un collegamento obiettivo e maggiormente prevedibile dell'azione collettiva con il foro. A differenza dell'art. 5, nn. 1 e 3, Reg. n. 44/2001, gli artt. 15 ss. additano ai “giudici dello Stato membro” del consumatore *tout court*, senza individuare

un foro specifico. Tali disposizioni risulterebbero perciò inidonee a determinare la competenza territoriale, necessitando di essere integrate con la *lex fori*. Poiché tuttavia, come visto, l'art. 140-*bis* cod. cons. nulla prevede al riguardo, di nuovo sarà possibile invocare i criteri di collegamento oggettivi di cui alle regole di giurisdizione "ordinarie" in materia contrattuale (non derogate, del resto, dalle norme protettive nel rilevante caso dei contratti di trasporto: v. art. 15, ult. co., Reg. n. 44/2001). Si dovrà così avere riguardo, anche ai fini della competenza per territorio, al luogo di consegna dei beni o di prestazione dei servizi a favore dei consumatori (v. *infra*).

Concludendo: anche in questa ipotesi, come nelle precedenti, la competenza per territorio andrà delibata, all'udienza di filtro o comunque non oltre la successiva prima udienza *ex art.* 183 c.p.c., in base alla prospettazione dell'attore. Onde evitare un utilizzo abusivo del nuovo strumento di tutela, contrario al principio del "giudice naturale", a pena di inammissibilità dell'azione (Consolo, *op. loc. cit.*), l'attore formale dovrà aver cura che il presupposto processuale della competenza – il criterio oggettivo che, a seconda dei casi (*locus damni; locus destinatae solutionis*), potrà fondarla – risulti integrato, eventualmente anche all'esito di sommaria istruttoria (art. 38 c.p.c.), alla luce della situazione giuridica sostanziale facente capo al proponente, ovvero – ma sarà la prassi a dirlo – alla maggioranza dei soggetti che, al momento della proposizione dell'azione collettiva, abbiano già prestato la propria adesione (con atto contenente gli "elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria" *ex art.* 140-*bis*, c. 3, cod. cons.). Diversamente, lo spazio per un'eccezione di incompetenza (al di là dell'ipotesi scolastica in cui il tribunale adito neppure rientri tra quelli elencati dall'art. 140-*bis* cod. cons.), ancorché limitato, residuerà pur sempre. Si pensi, ad es., ad un'azione deducibile l'inadempimento di un contratto di trasporto aereo (ritardo del volo), e che il vettore straniero sia convenuto avanti ad un giudice diverso da quello nel cui circondario si trovava il luogo di adempimento (luogo della destinazione del volo).

Mutatis mutandis, un principio analogo è applicato dalla giurisprudenza statunitense, che ha coniato la c.d. *fraudulent joinder doctrine* onde prevenire lo strumentale radicamento delle *class actions* presso fori statali (con l'auspicio di ottenere

l'elargizione di risarcimenti più generosi) ed eludere così la giurisdizione federale, fondata sulla diversità dello Stato di residenza di attore e convenuto. Secondo tale orientamento, potrà non rilevare che gli *absent class members*, e così gli appartenenti alla classe rimasti inerti (cui si estenderanno nondimeno gli effetti del giudicato, secondo la regola dell'*opt-out* colà vigente), risiedano in uno Stato diverso da quello del convenuto, ciò che integrerebbe, in astratto, il requisito della *diversity jurisdiction*, determinante la giurisdizione federale. A patto però che lo specifico *named plaintiff* (ossia l'esponente della classe, appositamente "eletto" quale) residente nel medesimo stato del convenuto possa vantare una valida *cause of action* nei confronti di quest'ultimo (v. US Supreme Court, *Snyder v Harris*, 394 U.S. 332, 1969).

SEZIONE II

Riconoscimento di sentenze straniere nei confronti di uno Stato estero ed immunità dalla giurisdizione del foro della delibazione.

SOMMARIO: 1.- Riconoscimento di sentenze straniere di condanna nei confronti di uno Stato emittente titoli di debito non onorati alla scadenza. 2.- Il diniego della giurisdizione del foro della delibazione inglese fondato su una interpretazione poco sceveratrice della *lex fori* in tema di immunità sovrane. 3.- L'interpretazione restrittiva della regola "*par in parem non habet iurisdictionem*", considerata alla stregua di una eccezione al generale principio di assoggettabilità degli Stati esteri alla giurisdizione civile. 4.- Soluzione del conflitto tra *jus cogens* ed eventuali divieti pattizi di riesame nel merito delle sentenze straniere con doverosa prevalenza del primo.

1. Riconoscimento di sentenze straniere di condanna nei confronti di uno Stato emittente titoli di debito non onorati alla scadenza.

Dopo i divergenti responsa offerti dalla Cassazione italiana (sez. un., 27.5.2005, n. 11225, Int'l lis 2005, 3, 148, nt. Ciampi) e dalla Corte costituzionale tedesca (BVG, 8.5.2007, ivi 2007, 3, 118) sulla questione relativa ai limiti dell'immunità dalla giurisdizione civile di uno Stato emittente titoli di debito sovrano, la cui scadenza venga in seguito unilateralmente prorogata per incapacità del medesimo di far fronte ai

pagamenti, è doveroso concentrare l'attenzione sul più recente arrêt del giudice di vertice inglese nel caso *NML Capital Limited v Republic of Argentina* ([2011] UKSC 31, 6 luglio 2011).

In breve i fatti: nel 2006, il fondo di investimento caraibico NML otteneva negli Stati Uniti una sentenza di condanna al pagamento di US \$ 284,184,632 nei confronti della Repubblica argentina. Tale era l'importo del credito vantato da NML in forza di *bonds* obbligazionari emessi dall'Argentina nel 2001 e che il detto fondo aveva acquistato da altri investitori a prezzo scontato a pochi mesi di distanza, ripromettendosi di recuperarne l'intero valore nominale all'esito di instauranda *litigation* contro lo Stato emittente (ciò guadagnava all'attore l'appellativo di “*vulture fund*”, di fondo avvoltoio, di prassi impiegato allorché per gli Stati convenuti vi sia il rischio di vedere discreta parte del loro bilancio erosa da condanne di siffatta entità; e dandosi allora forse per davvero le condizioni per invocare lo “stato di necessità” che giustifica l'inadempimento degli obblighi internazionali e financo – nel caso argentino il BVG tedesco lo ha negato però – privatistici assunti dallo Stato). Il foro adito da NML, giova ancora ricordare, e cioè la corte federale distrettuale di New York, oltre ad essere l'indicusso *forum prorogatum* in base al regolamento contrattuale dei *bonds*, si palesava anche per altro verso favorevole al creditore. Nel precedente *Republic of Argentina v Weltover, Inc.* (1992), la Corte suprema degli Stati Uniti aveva infatti reputato non incidere sulla natura commerciale, *iure gestionis*, di un'operazione di raccolta di capitali sul mercato finanziario, il successivo varo di una moratoria sul rimborso dei prestiti contratti da uno Stato (mentre proprio avuto riguardo alla finalità pubblicistica – la salvaguardia del sistema finanziario nazionale – sottesa a tali misure, le nostre sez. un., nel 2005, erano giunte a conclusione opposta, negando in radice l'azionabilità dei crediti maturati dagli investitori privati).

Della detta sentenza di condanna NML chiedeva dunque il riconoscimento nel Regno Unito, deducendo il suo interesse a vedere il *dictum* del giudice statunitense passibile di esecuzione anche in quel foro, quale assai verosimile (se non obbligata) meta per lo Stato convenuto, ove reperire i capitali occorrenti a rifinanziare il proprio debito sovrano. A fronte, però, della inusitata “parsimonia” del creditore nel limitarsi a

prospettare, quale titolo di giurisdizione necessario a munirsi del *permission to serve out of the jurisdiction*, la natura commerciale della *causa petendi* del giudizio *a quo* e la rinuncia dello Stato convenuto ad invocare l'immunità rispetto a procedimenti di cognizione instaurati in Argentina o nel foro di New York²⁶⁰, la Repubblica argentina vedeva aprirsi una strada per eccepire la propria immunità dal procedimento di deliberazione instaurato da NML: con iniziale insuccesso ([2010] EWHC 110 (Comm), Blair J), salvo poi trovare quella tesi accogliamento presso la Court of Appeal ([2010] EWCA Civ 41, per Aikens LJ). E tanto in forza del principio consacrato dalla *section 1*, dello *State Immunity Act 1978* inglese, a mente della quale: “*A State is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom except as provided in the following provisions...*”.

2. *Il diniego della giurisdizione del foro della deliberazione inglese fondato su una interpretazione poco sceveratrice della lex fori in tema di immunità sovrane.*

Di qui l'odierna motivazione della *Supreme Court*, unanime solo nel suo esito finale (e così nel negare l'immunità dello Stato resistente), che si biforca subito in due, tutt'altro che univoche, interpretazioni dei *Lords* circa il significato da attribuire agli *statutes* rilevanti nel caso di specie: rispettivamente, la legge sull'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione (*State Immunity Act 1978*, “SIA”, cit.) e la legge sul riconoscimento delle sentenze straniere (*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, “CJJA”). Ambedue le letture offerte, peraltro, tradiscono un sensibile allontanamento dalla *ratio* della regola consuetudinaria sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile, risultato che solo in parte può essere imputato alla scrupolosa aderenza al dettato normativo “rigido” che *in subiecta materia* si impone al giudice di *common law*.

Così, secondo la minoritaria *opinion* del Lord presidente Phillips (seguito da

²⁶⁰ Ragion per cui ulteriore, ancorché in specie non decisiva questione risolta dall'arresto in commento si profilava la seguente: se per l'attore sia possibile, come all'unanimità ammesso, emendare i *particulars of claim* in sede di *jurisdictional hearing*, onde allegare titoli di giurisdizione aggiuntivi rispetto a quello inizialmente dedotto con l'istanza *ex parte*, finalizzata ad ottenere l'autorizzazione alla notificazione del *claim form* nei confronti di convenuti non domiciliati nel foro.

Lord Clarke), ad onta della mancata previsione, nel casistico *statute* inglese sull'immunità degli Stati del 1978, di un meccanismo di riconoscimento delle sentenze emesse nei loro confronti, il procedimento di delibazione di una sentenza straniera avente ad oggetto una transazione commerciale ricadrebbe anch'esso nell'esonazione dalla regola immunitaria forgiata dalla *section 3(1)(a)* SIA, la quale recita: “A State is not immune as respects proceedings relating to (a) a commercial transaction” (in particolare “for the provision of finance”, giusta la specificativa lett. “b”).

Questa interpretazione, volta ad estendere la *littera legis* ad un caso non previsto dal legislatore, troverebbe, a detta di Phillips, un duplice appiglio sistematico. Da un lato, nella necessità (sottesa a vari precedenti) di adattare al mutato contesto storico una norma concepita in un'epoca in cui la circolazione di sentenze emesse contro Stati esteri sarebbe apparsa eccezionale. Dall'altro, nel fatto che la questione dell'immunità degli Stati dalla giurisdizione dipenderebbe *pur sempre* – e però anche *solamente*: questo il cuore della tesi prospettata, ed il punto di frizione con il diritto internazionale consuetudinario – dalla natura *iure imperii* o *iure gestionis* degli atti compiuti dallo Stato convenuto. Talché, per risolverla, e determinare così se lo Stato convenuto nel giudizio di delibazione debba soggiacere o meno alla *potestas iudicandi* del foro, necessariamente si dovrebbe far riferimento al rapporto sostanziale conosciuto dal giudice *a quo*, al “fond” del provvedimento riconoscendo. Rileverebbe infine, con Lord Clarke, *in agreement* sulla necessità di ancorare la regola immunitaria alla natura della *res iudicata* sostanziale, nessun ruolo potendo invece rivestire il *tipo di procedimento* che veda coinvolto lo Stato estero, una dubbia identità di “scopo” perseguito dal creditore nel giudizio di merito e nel successivo giudizio di delibazione. Finalità comune ad entrambi i giudizi sarebbe quella di ottenere l'affermazione della responsabilità del debitore, nel secondo caso, in particolare, per effetto dell'accoglimento di una *action upon the judgment* e del conseguente inglobamento del *dictum* straniero in una sentenza del giudice inglese (con valore di titolo esecutivo).

Assai diversa e nitida è l'impostazione di Lord Mance, che rileva subito la diversità di oggetto tra giudizio di merito e giudizio deliberativo. L'oggetto della delibazione, egli osserva, riguarderebbe i soli requisiti di riconoscibilità della sentenza

straniera, non già le questioni sostanziali da quella definite. Sennonché tale rilievo, esatta premessa a più penetranti affermazioni circa l'obiettiva impossibilità per il giudice della delibazione – stante il divieto di riesame nel merito gravante su di lui – di sindacare qualsivoglia atto posto in essere dallo Stato straniero (vuoi d'imperio, vuoi *iure gestionis*), poiché ciò esulerebbe dal suo ben delimitato *thema decidendum*; tale rilievo, si diceva, è per Mance motivo per sgombrare il campo dall'interpretazione estensiva dello *statute* del 1978 propugnata da Lord Phillips (definita dal primo "improbabile"), al fine di cercare altrove una norma più confacente, che autorizzi il giudice inglese ad assumere la giurisdizione sulla domanda di riconoscimento; norma da Mance individuata nella *section 31(1) CJA 1982*, a tenore della quale: "A judgment given by a court of an overseas country against a state ... shall be recognised and enforced in the United Kingdom if, and only if, (a) it would be so recognised and enforced if it had not been given against a state; and (b) that court would have had jurisdiction in the matter if it had applied rules corresponding to those applicable to such matters in the United Kingdom in accordance with sections 2 to 11 of the State Immunity Act 1978".

Per la *majority* della Supreme Court (oltre a Mance, formata da Walker e Collins), quest'ultima disposizione sancirebbe non solo i requisiti per concedere il riconoscimento alle sentenze pronunciate nei confronti degli Stati esteri, previa doverosa verifica – lett. "b" – che il giudice *a quo* non abbia violato l'immunità dello Stato estero alla stregua delle norme che il giudice inglese avrebbe applicato in una fattispecie analoga (secondo il modello dello *Spiegelbild* internazionalprivatistico). Essa opererebbe anche ed anzitutto a monte, per fondare la giurisdizione di cognizione del foro della delibazione. Soltanto in forza di tale previsione sarebbe possibile, per il giudice inglese, scendere all'esame dei requisiti formali della sentenza straniera. Tutto ciò, a ben vedere, si ritrovava compendiato nell'affermazione del giudice di primo grado, secondo cui "*section 31 deals comprehensively with the recognition and enforcement of the judgments of foreign courts against states, as to both jurisdictional immunity and enforcement*". Conclusione che viene attinta dunque anche dai Lords, come frutto però di argomenti prettamente "introspettivi", rivolti alle sole fonti interne,

e del tutto avulsi dal piano del diritto internazionale consuetudinario, e così dalla *ratio* e dai limiti della regola sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione. Premessa maggiore di quell'argomentare è infatti che, in assenza di una diversa valutazione legislativa, gli Stati godrebbero di una immunità assoluta (e neppure "ristretta", *ratione obiecti*, al modo suggerito da Lord Phillips) dalla giurisdizione del foro della delibazione.

Da analoga prospettiva, aveva preso le mosse la stessa Court of Appeal, per negare, tuttavia, che la *section 31(1)* dello *statute* del 1982 avrebbe autorizzato l'esercizio della *adjudicative jurisdiction* del giudice inglese nel caso di specie, non constando una espressa rinuncia all'immunità dal giudizio di delibazione da parte dello Stato convenuto. A detta di Aikens LJ, infatti, sarebbe stato impensabile che il più recente CJA del 1982 avesse inciso così profondamente sulla regola immunitaria consacrata nella *section 1 SIA* del 1978, in guisa da ritagliarvi una nuova ed assai rilevante eccezione per il caso del riconoscimento di sentenze straniere emesse contro gli Stati, in difetto di disposizioni abrogative espresse od altre norme di coordinamento. Tale soluzione, come detto, è stata accantonata dai Lords, per ragioni anch'esse eminentemente formali (non vi è spazio per riproporle qui, ma v. Fox, *The Law of State Immunity*, 2nd ed., Oxford, 2008, 299 ss.), se si eccettuano le venature che colorano l'*opinion* di Lord Collins, tra le quattro redatte sicuramente quella pervasa dal maggiore afflato internazionalistico. Vi si legge infatti che, per il diritto internazionale, non vi sarebbero ostacoli di sorta all'introduzione, nell'ordinamento interno, di meccanismi di riconoscimento delle sentenze rese contro gli Stati. Pertanto, se il Legislatore inglese del 1982 non fosse espressamente intervenuto con la *section 31(1)* CJA, un'interpretazione estensiva dello *State Immunity Act 1978* sarebbe stata auspicabile a livello di *policy*, pur se, in una ipotesi di tal fatta, essa avrebbe scontato la mancanza di una "*principled basis on which to found such a conclusion*".

3. *L'interpretazione restrittiva della regola "par in parem non habet iurisdictionem", considerata alla stregua di una eccezione al generale principio di assoggettabilità degli Stati esteri alla giurisdizione civile.*

Stupisce, in definitiva, che nell'arresto della Supreme Court non campeggi

un'indagine ricognitiva a più ampio raggio, rivolta alla dottrina che, anche in tempi recenti, ha suggerito di inquadrare la regola immunitaria *sub specie* di eccezione ad un principio di generale assoggettabilità degli Stati esteri alla giurisdizione civile. Più di una freccia all'arco si sarebbe avuta per riproporzionare il principio del "*par in parem non habet iurisdictionem*", tradizionalmente posto a fondamento di una applicazione lata della regola immunitaria (v., con dovizia di rife., Caplan Lee, *State Immunity, Human Rights and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory?*, in *Am. Journ. Int. law*, 2003, 742 ss.; nonché, da noi, Luzzatto-Queirolo, *Sovranità territoriale, "jurisdiction" e regole di immunità*, in Aa.Vv., *Istituzioni di diritto internazionale*, 2° ed., Torino, 2003, 187 ss., 197 ss., che, proprio alla luce delle relevantissime eccezioni alla regola immunitaria enucleate dalla Convenzione di Basilea sull'immunità degli Stati del 1972, avvertono la necessità di "rintracciare se l'immunità rappresenti la regola ovvero debba ormai essere qualificata come eccezione, quantomeno per le significative ricadute in tema di interpretazione delle ipotesi dubbie", ed annettono allo strumento convenzionale valore ricognitivo di una "svolta particolarmente significativa" nella definizione del diritto internazionale, con indubbi riflessi anche per l'ordinamento italiano, a dispetto della mancata ratifica).

Qualche riflessione è d'uopo aggiungere, allora, ove questioni analoghe abbiano a riproporsi in ordinamenti che, al pari del nostro, non conoscono una disciplina rigida dell'immunità ed affidano la recezione del diritto internazionale consuetudinario al giudice, sovente mediante clausole di rinvio di rango costituzionale (art. 10 Cost.). Oppostamente a quanto ritenuto dalla Court of Appeal e dai *Lords* nel caso *NML v Argentina*, potrà rilevarsi, con Quadri, che in materia di delibazione l'esercizio della giurisdizione del foro dovrà reputarsi senz'altro internazionalmente lecito, pur in assenza di una volontà dello Stato opponente il riconoscimento a vedersi assoggettato al procedimento disciplinato dall'art. 67, L. 218/1995 o di norme "autorizzative" interne (*Id.*, *La giurisdizione sugli Stati stranieri*, Milano, 1941, 65; poco conferente sembra però il richiamo, *ivi*, in nt. 1, a Niboyet, *Les Immunités de juridiction, en droit français, des états étrangers engagés dans des transactions privées*, in *Rev. gén. dr. int.*, 1936, 543, secondo cui: "*Si l'objet du procès est un acte de commerce, nos tribunaux ne*

doivent pas refuser l'exequatur”, ciò che atterrà piuttosto al merito della delibazione e non già alla pregiudiziale questione dei limiti della giurisdizione nei confronti dello Stato estero; sull'ordine di esame di tali questioni v. Morelli, *Limiti alla giurisdizione italiana per la dichiarazione di efficacia di sentenze straniere*, in *Foro it.*, 1954, 29 ss., 32; *Id.*, *Immunità dalla giurisdizione e competenza giurisdizionale*, in *Riv. dir. int.*, 1958, 127 ss., 129; per una esatta distinzione tra i due piani, discutibile, però, negli esiti, v. la decisione della Supreme Court canadese nel caso *Kuwait Airways Corp. v Iraq*, [2010] SCC 40, che rileva appunto come, quantunque il giudice della delibazione “*may not examine the merits of the foreign decision*”, tale divieto “*does not change the legal nature of the application for enforcement. It is a judicial demand that gives rise to an adversarial relationship to which ... the state immunity applies*”).

L'accertamento demandato al giudice del riconoscimento, infatti, non potrà mai estendersi, giusta il divieto di riesame nel merito (portato della *comitas* tra gli Stati), ad un sindacato sugli atti compiuti dallo Stato estero, che furono alla base della controversia definita nel giudizio *a quo*, e che in quella sede poterono formare oggetto di istruttoria da parte del giudice straniero (conf. Lopes Pegna, *Riconoscimento automatico di sentenze straniere e immunità degli Stati dalla giurisdizione civile*, in *Riv. dir. int.*, 2009, 796 ss., 799). Ne consegue che soltanto in occasione della celebrazione del processo di merito lo Stato convenuto potrebbe nutrire un genuino interesse ad eccepire o a vedere rilevata d'ufficio l'immunità dalla giurisdizione, sì da esserne esentato *in limine* e non dovere così soggiacere a *disclosure* o ad altri oneri processuali implicanti un *inspicere* alieno nella sua sfera di sovranità. Proprio l'esercizio indisturbato della sovranità statale, al riparo da ingerenze esterne, è alla base della protezione accordata dalla norma consuetudinaria sull'immunità (così sempre secondo Quadri, 96 ss.; muovendo da tale ordine di considerazioni, l'A. rifiuta poi il criterio basato “natura dell'atto”, adottato nella prassi dei paesi di *common law* per determinare i limiti dell'immunità, tenuto conto che il potere sovrano può talora estrinsecarsi in atti suscettibili di essere compiuti anche dai privati).

Al giudice del riconoscimento competerà, beninteso, la verifica che il giudice d'origine fosse dotato di giurisdizione sotto il peculiare profilo qui considerato, relativo

alla sottoponibilità del convenuto alla potestà giurisdizionale del foro, la c.d. *Gerichtsbareit* (per usare il termine ricorrente nella giurisprudenza tedesca, che la distingue appunto dalla tradizionale questione di giurisdizione: *internationale Zuständigkeit*). Quest'ultima risulterà recessiva a fronte dell'immunità goduta dallo Stato convenuto (per un cenno in tal senso v. Consolo, *Jus cogens e rationes dell'immunità giurisdizionale civile degli Stati esteri e loro funzionari: tortuosità finemente argomentative (inglesi) in materia di "tortura governativa" (saudita)*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, t. I, Padova, 2009, 308 ss., 349, nt. 34, ove pure il rilievo secondo cui la *quaestio iuris* relativa all'immunità dalla giurisdizione "è distinta e viene prima di quella di giurisdizione in senso stretto"; conf. Gaja, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, 55, nt. 66; Lopes Pegna, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, 2009, 152, nt. 68). Lo scrutinio in parola dovrà condursi tenuti fermi gli accertamenti in fatto compiuti dal giudice d'origine, quali risultanti dalla sentenza delibanda, ma non anche alla stregua delle regole sull'immunità (eventualmente cristallizzate in una legge apposita) applicate dal giudice straniero. Giusta il rinvio operato dall'art. 10 Cost., sarà il giudice italiano a dovere autonomamente attingere la regola del caso concreto, ed applicarla come norma interna, dal diritto internazionale consuetudinario: svolgendo una verifica alla fine non troppo dissimile da quella di cui alla lett. "b" della *section 31(1)* CJJA inglese.

4. *Soluzione del conflitto tra jus cogens ed eventuali divieti pattizi di riesame nel merito delle sentenze straniere con doverosa prevalenza del primo.*

Non sfugge che, perlomeno nei casi in cui non consti una rinuncia espressa dello Stato estero alla propria immunità nel processo d'origine, la soluzione affacciata potrà effettivamente dar luogo ad un riesame nel merito, sia pur limitato funzionalmente al vaglio della *Gerichtsbareit*, in apparente contrasto con la *comitas* nei riguardi dello Stato da cui emana il provvedimento.

Questo apparente conflitto, tuttavia, potrà essere agevolmente risolto, rilevato come il "torto" arrecato allo Stato estero con il riconoscere efficacia ad una sentenza

pronunciata in violazione della immunità di quello Stato sarebbe di gran lunga più grave di quello che avrebbe a subire lo Stato da cui emana la sentenza nel vederla sindacata nel merito (e magari poi non riconosciuta) nel foro della delibazione. Il rispetto della norma sull'immunità è tale da imporsi agli Stati sempre e comunque, data la convinzione di necessarietà giuridica (*opinio iuris seu necessitatis*) che la attornia, rendendola cogente. La "cortesia internazionale" sottesa al riconoscimento degli atti giurisdizionali stranieri, per contro, poggia su considerazioni di mera opportunità, da rinvenire, in particolare, nella volontà di ciascuno Stato di far sì che le sentenze emesse dai propri organi giurisdizionali godano, in occasione della circolazione all'estero, di un trattamento di favore accordato secondo reciprocità.

La reciprocità, tuttavia, non determina l'insorgenza di alcun vincolo cogente per gli Stati, ed è liberamente revocabile da questi ultimi, specie allorquando la revoca si imponga per prevenire una soverchiante *denegatio actionis* (per un cenno in tal senso, v. Wood, *Law and Practice of International Finance. International Loans, Bonds and Securities Regulation*, London, 1995, 88). Quand'anche poi la reciprocità assurga a vincolo pattizio nei rapporti particolari tra due o più Stati, sarà la regola immunitaria a dover prevalere, data la superiorità gerarchica delle norme consuetudinarie, vincolanti *erga omnes* (cfr. App. Firenze, 22 marzo 2007, *FI* 2008, I, 1308, nt. Stürner, che ha rilevato come l'applicazione della regola sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione esecutiva, affiorante dal diritto internazionale generale, prescinda da qualsivoglia condizione di reciprocità).

Si delinea, in conclusione, una evidente osmosi di *rationes* rispetto alla soluzione invalsa in ambito Cedu in relazione al riconoscimento di sentenze civili pronunciate in violazione dei diritti essenziali della difesa. La Corte di Strasburgo, nel caso italo-vaticano *Pellegrini* (sent. 20 luglio 2001, *Corr. giur.* 2002, 165, nt. Botta), ha dichiarato la responsabilità (vicaria) dello Stato che, per effetto di una delibazione non sufficientemente "filtrante", perpetui gli effetti di una violazione dei diritti fondamentali consumata nel foro d'origine, non importa se al di fuori del territorio di uno Stato contraente. Del pari, poiché la regola immunitaria appartiene allo *jus cogens* pattiziamente inderogabile (pur dovendosene restringere il perimetro oggettivo), non

assurgerebbe a valida causa di esenzione da responsabilità sul piano internazionale dello Stato del riconoscimento l'aver dato ingresso a una sentenza pronunciata in violazione dell'immunità di uno Stato estero (e proprio in tal senso, non valorizzato però dai *Lords*, avrebbe deposto l'art. IV Conv. Canada-Regno Unito sul mutuo riconoscimento ed esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, ove è previsto che: «*Registration of a judgment shall be refused if ... (g) in the view of the registering court the judgment debtor is either entitled to immunity from the jurisdiction of that court or was entitled to immunity in the original court and did not submit to its jurisdiction*»).

SEZIONE III

La giurisdizione internazionale italiana, tra potere di autoannullamento della p.a. e clausole di proroga del foro, nel caso di contratti finanziari stipulati da enti pubblici locali.

SOMMARIO: 1.- Cenni fattuali al caso di specie. 2.- L'eccezione "condizionata" di difetto di giurisdizione italiana (e litispendenza internazionale) sollevata dalle banche contraenti nel giudizio di impugnazione dell'atto di autoannullamento dell'aggiudicazione avanti al g.a. italiano. 3.- L'elusiva pronuncia del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5032/2011. 4.- L'allargamento *ex lege* dell'oggetto del giudizio di annullamento degli atti di gara al rapporto contrattuale a valle importa il rilievo della litispendenza ai sensi dell'art. 7, L. 218/1995.

1. Cenni fattuali al caso di specie.

Gran fermento, nelle scorse settimane, ha suscitato la notizia echeggiata dalla stampa secondo cui il Consiglio di Stato (Sez. V, sent. 7 settembre 2011, n. 5032) avrebbe dichiarato legittimo l'autoannullamento di una gara indetta dalla Provincia di Pisa per la ristrutturazione del proprio debito pubblico, con effetto immediatamente caducante sui contratti stipulati dall'ente toscano con la cordata franco-irlandese delle banche aggiudicatrici. Chi abbia letto fino in fondo la motivazione della prima delle sentenze in epigrafe sa tuttavia che, lungi dall'affermare quanto sopra, il Consiglio di

Stato si è per ora limitato a disporre (rara avis) una consulenza tecnica d'ufficio, cui spetterà dire se sussistevano, oppure no, le ragioni di presunta "antieconomicità" dell'operazione finanziaria appaltata, solo ex post (a quasi due anni dall'aggiudicazione) ravvisate dall'amministrazione. Vi saranno tempo e modi, da parte della dottrina di settore (coadiuvata magari dalla scienza delle finanze), per metabolizzare e congruamente collocare questa attesa pronuncia, intervenuta sullo sfondo chiaroscurale dei rapporti tra Finanza speculativo-creativa ed enti pubblici locali. Non meno arduo, nell'immediato, è dire quali riflessi, sui contenziosi transnazionali nascenti o in essere, potranno avere le affermazioni di principio contenute nell'arrêt in commento, su riparto giurisdizionale (internazionale e interno) e conseguenze dell'annullamento in autotutela sulla "sorte del contratto".

All'inizio del 2007 la Provincia di Pisa indiceva una gara per "ottimizzare" (direbbero gli anglofili) e, negli intenti, ridurre, la propria esposizione debitoria. Ottenuti dalle banche aggiudicatrici i fondi occorrenti a estinguere i mutui pregressi, la Provincia emetteva un prestito obbligazionario a tasso variabile annuo (Euribor 6 mesi + 0,063%) con scadenza nel 2024, integralmente sottoscritto dalle prime. Per cautelare l'ente dal rischio di fluttuazioni del tasso di interesse, le banche sottoscrittrici proponevano alla Provincia di stipulare un contratto accessorio di *interest rate swap* del seguente tenore: a fronte di aumenti dell'Euribor superiori al 5,99% le banche avrebbero corrisposto all'ente, ad intervalli semestrali, una somma pari al differenziale tra tale soglia massima prefissata ("*cap*") ed il tasso di interesse effettivo, applicato al capitale nozionale di riferimento. Per converso, qualora il tasso effettivo fosse sceso al di sotto di una soglia minima, indicata nel 4,64% ("*floor*"), sarebbe stato l'ente pubblico a dover corrispondere periodicamente alle banche la risultante dall'applicazione del differenziale negativo al montante. Nei primi mesi successivi alla sottoscrizione dello *swap* il tasso di interesse si manteneva (a vantaggio dell'ente) costantemente al di sopra della soglia minima prefissata. Nel dicembre 2008, tuttavia, l'Euribor cadeva al di sotto del "*floor*", profilandosi così per l'ente l'insorgere di futuri obblighi di pagamento a favore delle banche.

Mutato in peggio lo scenario economico, la Provincia invitava le banche a rinegoziare i contratti, contestando loro di avere sottaciuto rilevanti “costi impliciti” connessi all’operazione; costi che avrebbero dovuto essere esplicitati nell’offerta tecnica e ponderati nella fase di evidenza pubblica, in ossequio a un preteso principio di “convenienza economica”, rintracciato dall’ente nell’art. 41, L. 28 dicembre 2001, n. 448²⁶¹. Per tutta risposta gli istituti di credito convenivano la provincia pisana avanti all’Alta Corte di giustizia di Londra, indiscusso *forum prorogatum*, per sentire ivi accertare la validità del contratto (per assenza di dolo e vizi del consenso in genere, *inter alia*). Solo successivamente all’instaurazione di tale giudizio la Provincia convenuta disponeva l’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione (e, nei voti, del contratto stipulato a valle), provocandone l’immediata impugnazione da parte delle destinatarie.

2. *L’eccezione “condizionata” di difetto di giurisdizione italiana (e litispendenza internazionale) sollevata dalle banche contraenti nel giudizio di impugnazione dell’atto di autoannullamento dell’aggiudicazione avanti al g.a. italiano.*

Interessante è notare la tesi sostenuta avanti al Tar dalle banche ricorrenti onde ottenere l’annullamento dell’atto impugnato senza però infirmare la giurisdizione inglese, che aveva già guadagnato la prevenzione. L’atto di autotutela impugnato, esse sostenevano, a dispetto del suo formale tenore autoritativo avrebbe dovuto qualificarsi sostanzialmente come un recesso contrattuale illegittimo della p.a.. In forza della clausola di proroga, tuttavia, la cognizione sulle vicende del rapporto negoziale sarebbe spettata in via esclusiva al giudice inglese.

²⁶¹ Che al comma secondo recita: “Gli enti ... possono emettere titoli obbligazionari e contrarre mutui con rimborso del capitale in unica soluzione alla scadenza, previa costituzione, al momento dell’emissione o dell’accensione, di un fondo di ammortamento del debito, o previa conclusione di *swap* per l’ammortamento del debito. Fermo restando quanto previsto nelle relative pattuizioni contrattuali, gli enti possono provvedere alla conversione dei mutui contratti successivamente al 31 dicembre 1996, anche mediante il collocamento di titoli obbligazionari di nuova emissione o rinegoziazioni, anche con altri istituti, dei mutui, *in presenza di condizioni di rifinanziamento che consentano una riduzione del valore finanziario delle passività totali a carico degli enti stessi...*” (ns. enfasi).

In parziale accoglimento del ricorso, il Tar Toscana (Sez. I, 11 novembre 2010, n. 6597) annullava l'atto impugnato, nella parte in cui quest'ultimo avrebbe preteso di inficiare il contratto. In particolare, secondo il giudice di primo grado, la valutazione degli effetti dell'annullamento degli atti di gara sul rapporto negoziale stipulato "a valle", sottratta al sindacato della p.a., sarebbe spettata al giudice ordinario. Tale conclusione avrebbe trovato conforto nella disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici (Dir. 2007/66/CE), come recepita dagli artt. 121 e 122, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che affidano al giudice del ricorso il potere di decidere sull'efficacia del contratto (non conseguente, dunque, automaticamente all'annullamento in autotutela degli atti di gara). Nel caso di specie, peraltro, poiché la p.a. aveva disposto in autotutela l'annullamento dell'aggiudicazione, senza instaurare - così é da credere si sia ragionato - un processo di annullamento *ad hoc*, in cui statuizioni sull'atto e statuizioni consequenziali sul contratto si sarebbero potute concentrare nello stesso giudizio (giustificandosi perciò l'estensione *ex lege* della competenza esclusiva del g.a.), la competenza a statuire sui riflessi civilistici dell'annullamento sul rapporto negoziale sarebbe rimasta intatta in capo al giudice ordinario.

Insoddisfatte, le ricorrenti, con un singolare motivo di impugnazione avverso tale sentenza, si dolevano di omessa pronuncia sull'eccepito difetto di giurisdizione italiana. Pari argomenti fondavano un'eccezione subordinata di litispendenza internazionale. Merita allora chiedersi, anzitutto, in qual modo siffatte eccezioni di rito fossero coneguate. É da escludere - pare chiaro - che le ricorrenti ambissero a una declinatoria di giurisdizione *tout court*, poiché esse stesse avevano adito il giudice amministrativo italiano in prima battuta per ottenere l'annullamento degli atti di autotutela. Si potrebbe però ipotizzare che quelle stesse eccezioni fossero condizionate al rilievo della *legittimità* dell'atto di autotutela impugnato. È probabile, invero, che le ricorrenti temessero, in un caso simile, che il g.a. non si sarebbe limitato a rigettare il loro ricorso come infondato, ma avrebbe altresì pronunciato in punto di effetti caducatori dell'autoannullamento (reputato legittimo) dell'aggiudicazione sul contratto a valle. Segnatamente quanto dalle banche si voleva evitare facendo leva sulla

devoluzione di tutte le questioni in ordine alla validità del contratto al *forum prorogatum* inglese.

3. *L'elusiva pronuncia del Consiglio di Stato nella sentenza n. 5032/2011.*

Il Consiglio di Stato ha rigettato entrambi i motivi di ricorso, afferenti il riparto “internazionalistico” tra giurisdizioni. L'arresto in commento muove dalla qualificazione dell'autoannullamento come manifestazione di un potere schiettamente autoritativo. In termini sbrigativi, quanto poco rigorosi (al punto VI.1.3.2), esso afferma che *“il potere di autotutela ... non è stato esercitato per sottrarsi puramente e semplicemente ad un contratto economicamente squilibrato, quanto piuttosto a causa della mancata corretta valutazione della convenienza economica che legittimava l'operazione di ristrutturazione del debito ... e che, come tale, non rientrava nella “causa” del contratto di swap, costituendone piuttosto il presupposto logico-giuridico”*. Diversi dubbi potrebbero, a questo punto, assalire l'interprete (tra i più acuti: è lecito qualificare come “costo implicito”, *in thesi* sottaciuto dal contraente privato, il valore attuariale dei flussi derivanti da un contratto di *swap*, quale risultante da oscillazioni del parametro di riferimento al di fuori dell'intervallo (“*collar*”) prefissato dai contraenti? Può la “convenienza economica”, che ovviamente non assurge a causa negoziale, dare nondimeno luogo a nullità virtuale del contratto, se per effetto di eventi sopravvenuti il contratto risulti più oneroso per l'ente pubblico?).

La conclusione testé esposta, sta di fatto, fonda in primo luogo il rigetto dell'eccezione di difetto di giurisdizione italiana. Il limite della disponibilità dei diritti fatti valere, *ex art. 4, L. 218/1995*, rileva il Consiglio di Stato, ed è un rilievo condivisibile, impedisce che la deroga della giurisdizione, invocata dalle ricorrenti, possa estendersi *“fino a comprendere anche il sindacato sul corretto esercizio del potere amministrativo”*. Sennonché le ricorrenti avevano eccepito il difetto di giurisdizione italiana quanto alle consequenziali pronunzie sulla validità del rapporto negoziale stipulato a valle, non già in rapporto all'annullamento dell'atto impugnato.

L'aspetto centrale, della latitudine oggettiva del giudizio di annullamento, è però completamente negletto nelle poche e riduttive battute della pronuncia in commento. Lo

si evince con ancora maggiore evidenza dal frettoloso rigetto subito dall'eccezione di litispendenza internazionale. Della litispendenza, incede il Consiglio di Stato, difetterebbe il presupposto fondamentale "*costituito proprio dall'aver* [entrambe le cause] *ad oggetto diritti disponibili per i quali possa operare la deroga alla giurisdizione italiana*".

La disciplina della litispendenza, tuttavia, prescinde del tutto dalla natura, disponibile o meno, dell'identico diritto calato nei processi distinti, come noto. Una cosa, infatti, è ritenere che la *potestas iudicandi* del giudice adito non sia esclusa da una clausola eccedente i limiti della derogabilità convenzionale, quali sanciti dalla *lex fori*; tutt'altra è pretendere che quegli stessi limiti rendano irrilevante la pendenza di un processo *de eadem re* principiato avanti al giudice straniero (il quale, d'altronde, potrebbe benissimo risultare competente *aliunde* e non soltanto in virtù della clausola di proroga).

4. *L'allargamento ex lege dell'oggetto del giudizio di annullamento degli atti di gara al rapporto contrattuale a valle importa il rilievo della litispendenza ai sensi dell'art. 7, L. 218/1995*

A fronte dell'inconferente rilievo che campeggia nell'arresto odierno, giova chiedersi se davvero, nel caso di specie, si desse litispendenza tra il processo amministrativo italiano prevenuto e il processo civile inglese fulmineamente instaurato, avente ad oggetto la validità del contratto e caratterizzato dunque da un *petitum* di accertamento mero (nelle more, peraltro, "*amended*" dalle attrici in fogge condannatorie, tenuto conto dei maturati interessi a carico dell'ente convenuto).

La questione processuale è di non poco momento. Subito si impone una precisazione. Atteso l'impingere nella materia amministrativa di almeno una parte delle questioni da risolvere nel giudizio italiano dovrà escludersi, *ex art. 1, co. I, Reg. 44/2001*, l'applicabilità delle regole comunitarie uniformi. Non verrà, pertanto, in rilievo il concetto di "litispendenza allargata" enucleato dalla glossa dell'art. 27, Reg. cit. ad opera della Corte di giustizia (casi *Gubisch* e *Tatry*). L'identità oggettiva tra domande andrà apprezzata, invece, secondo le previsioni del diritto comune, nei termini

più stringenti dunque, di rigorosa sovrapposibilità dei *petita*, predicati dall'art. 7, L. 218/1995.

Un primo elemento idoneo a far propendere con forza per il diniego della litispendenza nel caso di specie sarebbe così da individuare nel *petitum* demolitorio del giudizio italiano. Nessuna domanda di parte, per contro, aveva investito il giudice amministrativo del dovere di pronunciare sulla validità od efficacia del contratto stipulato a valle. Questo modo di opinare rischierebbe nondimeno di porsi in contrasto con quanto emerge dalla disciplina positiva. Nell'ipotesi di annullamento giudiziale di atti di gara illegittimi è previsto infatti, a seconda della gravità della violazione consumata nella fase di evidenza pubblica, che il giudice amministrativo “*dichiara l'inefficacia del contratto*” (art. 121 c.p.a.), ovvero “*stabilisce se dichiarare inefficace il contratto*” (art. 122 c.p.a.). Vi è concordia, tra gli interpreti, nel ritenere che un siffatto potere-dovere del giudice non sarebbe condizionato al principio della domanda, ma dovrebbe esercitarsi d'ufficio²⁶². L'oggetto del giudizio di annullamento, lungi dall'essere limitato ai profili di legittimità dell'atto impugnato, risulterebbe così allargato (sia pure limitatamente alla declaratoria di inefficacia) al rapporto negoziale tra p.a. ed aggiudicatario.

Occorre poi verificare se la conclusione rimanga immutata allorché oggetto dell'impugnazione avanti al g.a. non sia un atto di gara, bensì un atto di annullamento assunto dalla p.a. in autotutela. Su ciò insiste la pronuncia in commento, nel rilevare che, in casi simili, potrebbe “*financo dubitarsi della stessa esistenza in capo al giudice (amministrativo) di un potere di valutazione sul se dichiarare o meno inefficace il contratto, in quanto tale potere processuale – strumentale alla tutela specifica delle parti – appare assorbito dal potere amministrativo dell'amministrazione*”. Portato a compiuto svolgimento, questo passaggio motivazionale sembrerebbe peraltro solo alludere al fatto che, allorquando l'esercizio dell'autotutela sia giudicato legittimo, il

²⁶² Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, pubblicato in www.giustiziaamministrativa.it, 2011, par. 4.2; Graziano, *Note minime in tema di inefficacia del contratto d'appalto nel Codice del processo amministrativo*, ivi, 2011, par. 3.4; Politi, *Il contenzioso in materia di appalti: dal recepimento della Direttiva ricorsi al Codice del processo amministrativo*, ivi, 2010, par. 7.

giudice amministrativo sarà vincolato ad emettere una declaratoria di inefficacia del contratto, senza poter valutare eventuali circostanze che consiglierebbero di mantenere in vita il rapporto negoziale (quali, ad esempio, l'interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera o del servizio da parte dell'aggiudicatario della gara viziata). Non si nega, tuttavia, che anche in tal caso sorgerebbe per il giudice il dovere officioso di statuire sul rapporto negoziale a valle, non foss'altro che per dichiararne l'estinzione.

È al cospetto di questi rilievi, in definitiva, che la conclusione circa l'assenza di litispendenza, quale si era creduto inizialmente di potere difendere con fermezza, sembrerebbe quanto meno da rivedere. Sia che la si inquadri come invalidità (*sub specie* di nullità, per violazione di norme imperative di divieto), sia che la si inquadri come inefficacia (per venir meno di un elemento condizionante), la "caducazione" del contratto determinata dall'annullamento dell'atto di gara è un fenomeno interamente ricompreso nella sfera del rapporto negoziale. Gli atti di evidenza pubblica integrano, rispetto al contratto tra la p.a. e l'aggiudicatario, un semplice presupposto. Né si rinvencono ragioni dogmatiche ostative a che il giudice ordinario conosca dei riflessi caducatori sul contratto, allorché l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto giudizialmente ma in autotutela dalla p.a., mancando, in tal caso, una sede processuale unica ove le statuizioni sull'atto e sul contratto potrebbero opportunamente concentrarsi. Il giudice ordinario potrà, dal canto suo, sindacare la legittimità dell'atto di autotutela, che non rappresenta un elemento costitutivo del rapporto negoziale, e financo disapplicarlo incidentalmente, ove reputi tale atto illegittimo. Inconferente pare al riguardo l'affermazione del Consiglio di Stato secondo cui non potrebbe ammettersi *"una (peraltro) irragionevole diversificazione della disciplina in esame, con la reviviscenza del potere del giudice ordinario sulla sorte del contratto, allorquando l'annullamento dell'aggiudicazione (o degli atti ad essa presupposti) sia effetto dell'esercizio dell'autotutela"*. Potrebbe opporsi, infatti, che allorché ha ridefinito i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, introducendo talune ipotesi di estensione eccezionale della sua competenza, il Legislatore non ha contemplato proprio il caso dell'annullamento in autotutela.

Così, tornando al caso di specie, il giudice inglese previamente adito con domanda di mero accertamento della validità del contratto (colà ammissibile, quale *declaratory relief* concesso *in equity*, e sempre che si dia *real dispute* tra i contraenti circa l'efficacia o la validità del vincolo negoziale) correttamente ha escluso che la pendenza del giudizio amministrativo italiano prevenuto potesse avere alcun effetto impediente rispetto all'esercizio della sua *potestas iudicandi*. Il giudice amministrativo italiano, per contro, avrebbe dovuto, in base all'art. 7, L. 218/1995, valutare la futura riconoscibilità di un provvedimento inglese dichiarativo della validità ed efficacia del contratto, ed astenersi, in caso di prognosi positiva, dal dichiarare lui stesso l'inefficacia del contratto per effetto dall'autoannullamento dell'atto di aggiudicazione disposto dalla p.a., fermo restando il suo potere di annullare l'atto di autotutela.

Indice delle principali opere citate

- ADINOLFI-DANIELE-NASCIMBENE-AMADEO, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007.
- AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile, e prescrizione*, in *Danno e Resp.*, 2007, 19 ss.
- ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935.
- ALLORIO, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, in *Jus*, 1955, 152 ss.
- ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Problemi di diritto*, vol. II, Milano, 1957.
- ALPA, *L'accesso alla giustizia e la tutela degli interessi diffusi*, in *Diritto privato dei consumi*, Bologna, 1986.
- ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.
- AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, II, 1496 ss.
- ANDENAS-JACOBS, *European Community Law in the English Courts*, Oxford, 1998, 185 ss.
- ANGIOLINI, voce *Giurisdizione (riserva di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1991, 317 ss.
- ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni materiali. Istituzioni di diritto industriale*, 3° ed., Milano, 1960.
- ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955.
- AULETTA-MANGINI, *Commento sub art. 2598*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Bologna-Roma, 1973.
- AUTERI, *Nullità e autorizzazione delle intese restrittive della concorrenza nella normativa antitrust nazionale*, in *Riv. dir. ind.*, 1996, I, 69 ss.
- BAETGE, *Globalisierung des Wettbewerbsrechts. Eine internationale Wettbewerbsordnung zwischen Kartell- und Welthandelsrecht*, Berlin, 2008.
- BARACK, *The Application of the Competition Rules (Antitrust Law) of the European Economic Community to Enterprises and Arrangements External to the Common Market*, Antwerp-Boston-London-Frankfurt, 1981.
- BARCELONA, *Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust*, in *Contr. e impr.*, 2008, 120 ss.
- BARIATTI, *What are judgments under the 1968 Brussels Convention?*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, Padova, 2009, t. II, 831 ss.

- BAROUNOS-HALL-JAMES, *EEC Anti-Trust Law. Principle and Practice*, London, 1975.
- BASEDOW, *Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht – Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1996, 570 ss.
- BEAN-PARRY, *Injunctions*, 8th ed., London, 2004.
- BERNINI, *Le regole di concorrenza nei Trattati comunitari*, Rimini, 1982.
- BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 483 ss.
- BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 97 ss.
- BIAVATI, *Interessi e mercato nel processo comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 793 ss.
- BIAVATI-CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 1994.
- BISHOP-WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London, 2002.
- BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 193 ss..
- BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009.
- BORCHARD, *The declaratory judgment*, Washington, 1919.
- BORGHESI, *Diritto soggettivo e azione popolare nella l. 23 dicembre 1966, n. 1147*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 542 ss.
- BORNKAMM, *Richterliche Kontrolle von Entscheidungen im deutschen und europäischen Kartellverwaltungsverfahren*, in *Journ. Comp. Law*, 2010, 34 ss.
- BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996.
- BRIGUGLIO, *Sospensione per pregiudizialità comunitaria e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3273 ss.
- BROGGINI, *Compatibilità di sentenze di condanna al risarcimento di "punitive damages" con il diritto europeo della responsabilità civile*, in *Eur. dir. priv.*, I, 1999, 479 ss.
- BURBANK-FAHRANG-KRITZER, *Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States*, in *Int'l lis*, 3-4, 2011, 153 ss.,
- BUTTAZZI, *Il regolamento comunitario n. 1/2003 e le sue ricadute sui processi nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 183 ss.
- CABRAL, *Interesse ad agire e zone di interesse*, in *Civil Procedure Rev.*, 2010, 154 ss.
- CACCIATORE, *Concorrenza sleale e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. impr.*, 2005, 283 ss..
- CAHILL-COOKE-WILS, *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the European Union*, Cambridge, 2004.

- CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 15 ss.
- CALAMANDREI, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, 3 ss.
- CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, 23 ss.
- CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, 24 ss..
- CALAMIA, *La nuova disciplina della concorrenza nel diritto comunitario*, Milano, 2004.
- CANIVET-CHAMPALAUNE, *La décentralisation du droit communautaire de la concurrence: le rôle du juge national*, in BRUNET-CANIVET (dir. da), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, Paris, 2008, 506 ss.
- CAPACCIOLI, *Brevi note in tema di azioni popolari*, in *Giust. civ.*, 1967, I, 178 ss.
- CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno nazionale, Bologna, 2011.
- CAPONI, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nel processo civile?*, in *Foro it.*, 2008, I, 1514 ss.
- CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano.
- CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e "due process of law clause")*, in *Giust. cost.*, 1961, 1284 ss.
- CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 407 ss.
- CAPPELLETTI, voce *Accesso alla giustizia*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- CAPPONI, *L'accesso alla giustizia dei consumatori*, in CAPPONI-GASPARINETTI-VERARDI, *La tutela collettiva dei consumatori*, Napoli, 1995.
- CARANTA, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991, 1885 ss.
- CARANTA, *Judicial Protection against Member States: a New Jus Commune Takes Shape*, in *CMLR*, 1995, 32 ss.
- CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958.
- CARNELUTTI, *Lite e funzione processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, 23 ss.
- CARNELUTTI, *Proprietà della clientela*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 330 ss..
- CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CARPAGNANO, *Il danno doppio: breve commento alla sentenza del Giudice di Pace di Bitonto nel caso Manfredi*, in *Danno e resp.*, 2007, 1278 ss.

- CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Danno e Resp.*, 2007, 19 ss.
- CARRATTA, *Ammissibilità della domanda giudiziale "frazionata" in più processi?*, in *Giur. it.*, 2001, 1143 ss.
- CASSARINO, *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 864 ss.
- CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.
- CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1991.
- CAVALLINI, *L'oggetto della sentenza di condanna generica*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 523 ss.
- CHALMERS-HADJEMMANUIL-MONTI-TOMKINS, *European Union Law*, Cambridge, 2006.
- CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3a ed. riv., Napoli, 1913.
- CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930.
- CHIZZINI, *Note introduttive sugli effetti del riconoscimento delle sentenze straniere: dalla lex fori alla lex causae*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, Padova, 2009, t. II, 749 ss.
- CHIZZINI, *Privato e pubblico nella ripartizione dei ruoli processuali: i poteri dell'interveniente adesivo*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1996, 335 ss.
- CIAMPANI, *Parallel proceedings tra organi comunitari ed autorità giurisdizionali interne: il ruolo della sospensione per pregiudizialità*, in *Int'l lis*, 2002, 60 ss.
- CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005.
- CLARICH, *La tutela giurisdizionale avverso gli atti delle Autorità indipendenti*, in *judicium.it*, 2008.
- CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in BASSI-MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 115 ss.
- COLANGELO, *Intese obtorto collo e risarcibilità del danno: le improbabili acrobazie dell'antitrust comunitario*, in *Corr. giur.*, 2002, 454 ss.
- COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 319 ss.
- COMOGLIO, *L'art. 24 della Costituzione e gli oneri fiscali nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 443 ss.
- CONSOLO, *A proposito di ingiunzione esecutiva su cauzione*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 397 ss.
- CONSOLO, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, 227 ss.

- CONSOLO, *Fondamento “comunitario” della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1122 ss.
- CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, in *Corti europee e giudici nazionali*, Atti del XXVII Convegno, Bologna, 2011, 165 ss.
- CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 225 ss.
- CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002.
- CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, t. I e II, Torino, 2010.
- CONSOLO-BONA-BUZZELLI, *Obiettivo Class Action: l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008.
- CORSO, *Definitiva illegittimità della pregiudiziale tributaria “sostanziale”*, in *Giur. cost.*, 1993, 18 ss.
- COSCIA, *Conflitti e contrasti di giudicati nella Convezione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, 265 ss.
- CROSS, *The Tort of Abuse of Process and Judicial Review: A Disincentive for the Rival Challenge?*, in *Judicial Review*, 3, 2009.
- CSERSES, *Competition law and consumer protection*, The Hague, 2005.
- D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007.
- D’ALESSANDRO, *Riflessioni sull’ambito soggettivo di efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1435 ss.
- DABBAH, *EC and UK Competition Law*, Cambridge, 2004.
- DALLA MASSARA, *La domanda frazionata e suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il “ripensamento” delle Sezioni Unite*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 345 ss.
- DALLA MASSARA, *Tra res iudicata e bona fides: le sezioni unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corr. giur.*, 2000, 1618 ss.
- DE BOER, *Forum Preferences in Contemporary European Conflicts Law: The Myth of a “Neutral Choice”*, in MANSEL-PFEIFFER-KRONKE-KOHLER-HAUSMANN (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, I, München, 2004, 39 ss.
- DE CRISTOFARO, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss.
- DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico “processuale” ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale “europeo”*, in *Il diritto processuale civile nell’avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, Padova, 2009, t. II, 893 ss.

- DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179 ss.
- DELLA CANANEA, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in FRANCARIO (a cura di), *Diritti, interessi ed amministrazioni indipendenti. Giornate di studio sulla giustizia amministrativa dedicate ad Eugenio Cannada-Bartoli*, Milano, 2003, 75 ss.
- DELLI PRISCOLI, *Norme antitrust e tutela del consumatore*, in *Danno e resp.*, 2005, 949 ss.
- DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 182 ss.
- DENOZZA-TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'“approccio economico” nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, conc. e regole*, 2006, 563 ss.
- DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 116 ss.
- DENTI, *La natura giuridica delle norme sulle prove civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 8 ss.
- DENTI, *Testimonianza tecnica*, in *Riv. dir. proc.*, 1962, 8 ss.
- DENTI, *Valori costituzionali e cultura processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 443 ss..
- DI MAJO, *Fatto illecito e danno risarcibile nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 19 ss.
- DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3° ed., Milano 2001.
- DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972.
- DREXL, *Competition Law as Part of the European Constitution*, in VON BOGDANDY-BAST, *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed., Oxford-München, 2010.
- DUNLEAVY, *Contribution among Antitrust Defendants in English Law*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2009, 22 ss.
- DURNER, *Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt – Zu den Loyalitätspflicht nationaler Gerichte gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts*, in *EuR*, 2004, 547 ss.
- DWYER, *The judicial assessment of expert evidence*, Cambridge, 2008.
- EAGER, *The declaratory judgment action*, Buffalo-New York, 1971.
- EDWARD, *Direct effect, the separation of powers and the judicial enforcement of obligations*, in *Scritti in onore di F. Mancini*, II, Milano, 1998, 423 ss.
- F. KLEIN, *Reden, Vorträge, Aufsätze, Briefe*, Vienna, 1927.
- FALZEA, voce *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965.

- FASQUELLE, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Étude de la règle de raison*, Paris, 1993.
- FAULL-NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2nd ed., Oxford, 2007.
- FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss.
- FAZZALARI., *L'esperienza del processo nella cultura contemporanea*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 10 ss.
- FERNANDEZ-ESTEBAN, *The Rule of Law in the European Constitution*, London, 1999.
- FERRI, *L'azione inibitoria prevista dall'art. 1469-sexies c.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 938 ss.
- FIKENTSCHER, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München-Berlin, 1958.
- FOIS, voce *Principio di legalità*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 659 ss.
- FORNARCIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002.
- FORRESTER, *Due process in EC competition cases: A distinguished institution with flawed procedures*, in *Eur. Law Rev.*, 2009, 817 ss.
- FRANCESCHELLI-PLAISANT-LASSIER, *Droit européenne de la concurrence*, Paris, 1978.
- FRANZINA, *I costi del processo nello spazio giudiziario europeo: considerazioni alla luce della sentenza Weryński*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, 675 ss.
- FRIGNANI, *L'azione inibitoria per violazione di norme antitrust nella CEE e nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1968, 128 ss.
- FRIGNANI-PARDOLESI, *La concorrenza*, Torino, 2006.
- FUMAGALLI, *La disciplina comunitaria dell'assunzione delle prove all'estero in materia civile: il regolamento (CE) n. 1206/2001*, in CARELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria ed efficacia delle sentenze: problematiche di diritto internazionale ed europeo*, Bari, 2007.
- FUNAJOLI, voce *Divieto di alienazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 401 ss.
- FURIN-TEDESCHI, *Garanzie di difesa tra attività amministrative di vigilanza e attività investigative di polizia giudiziaria in materia di igiene e sicurezza del lavoro*, nota a Trib. Venezia, 26 ottobre 1994, in *Cass. pen.*, 1997, 1511 ss.
- GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?, Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009.
- GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 1985, 5 ss.

- GALLIGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, 1986.
- GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 3. Auf., Köln, 1997.
- GENOVESE, *Il risarcimento del danno a favore del consumatore che conclude il contratto attuativo di un'intesa vietata: intervengono le Sezioni Unite*, in *Studi in onore di G. Schriccker*, Milano, 2005, 333 ss..
- GENTILI, *Sull'accesso alla giustizia dei consumatori*, in *Contr. impr.*, 2000, 680 ss.
- GERBER, *Law and competition in 20th century Europe*, Oxford, 2001.
- GERBER, *The Origins of European Competition Law in Fin-de-Siècle Austria*, in *Am. Journ. of Legal History*, 1992, 405 ss.
- GHEZZI, *La cooperazione tra giudici nazionali e Commissione CEE in materia antitrust*, in *Riv. soc.*, 1993, 671 ss.
- GHIDINI, *L'interet des consommateurs comme intérêt "diffus", et sa défense*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, 33 ss.
- GHIDINI, *La concorrenza*, in GHIDINI-LIBERTINI-PUTZOLU, *La concorrenza e i consorzi*, *Tr. dir. comm. e dir. pubbl. economia*, dir. da GALGANO, vol. IV, Padova, 1981.
- GHIDINI, *La legittimazione ad agire per concorrenza sleale delle associazioni dei consumatori in Germania*, in *Riv. dir. ind.*, 1965, I, 279 ss..
- GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004.
- GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 769 ss..
- GIORGETTI, *Processi sugli illeciti della concorrenza e autorità garanti*, in *Scritti in onore di Tarzia*, Milano, 2005, t. III, 2323 ss.
- GLEISS-HIRSCH, *Common Market Cartel Law*, 3rd ed., Washington, 1981.
- GORDON, *EC Law in Judicial Review*, Oxford, 2007.
- GORLA, *Studio storico-comparativo della "Common Law" e scienza del diritto (Le forme d'azione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, 25 ss.
- GOYDER, *EC Competition Law*, 4th ed., Oxford, 2003.
- GOYDER-ALBORS-LLORENS, *Goyder's EC Competition Law*, 5th ed., Oxford, 2009.
- GOZZI, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*; in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1437 ss.
- GRABITZ-HILF, *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Auf., München, 2009.
- GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.
- GRASSO, *Una tutela giurisdizionale per l'ambiente*, in *Riv. dir. proc.*, 1987, 525 ss.

- GRAZIOSI, *Pluralità di azioni a difesa dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*; in *Corr. giur.*, 2009, 1133 ss.
- GUERRI, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il Regolamento CE n. 1/2003*, Torino, 2005.
- GUGLIELMETTI, *Violazione di norme di diritto pubblico e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, 249 ss.
- HANLEY, *The abandonment of deference*, in *CMLR*, 2007, 817 ss.
- HARTELY, *How to abuse the law and (maybe) come out on top: bad-faith proceedings under the Brussels jurisdiction and judgments Convention*, in NAFZIGER-SYMEONIDES (eds.), *Law and justice in a multistate world: essays in honor of Arthur T. von Mehren*, Ardsley, 2002, 73 ss.
- HARTLEY, *The foundations of European Community law*, 6th ed., Oxford, 2007.
- HOLMES, *Public enforcement or private enforcement? Enforcement of competition law in the EC and UK*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2004, 25 ss.
- HOSKINS, *Garden Cottage revisited: the availability of damages in national courts for breaches of the EEC competition rules*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1992, 257 ss..
- IAFISCO, *Osservazioni in tema di accertamento "dubbioso", efficacia in altri giudizi ex art. 654 c.p.p. e uso come prova della sentenza penale irrevocabile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 2002, 586 ss.
- IMMENGA-MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*, 4. Auf., München, 2007.
- INVREA, *Possibilità giuridica e legittimazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1930, 321 ss.
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.
- IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in AA.VV., *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di Lipari-Musu, Bari, 2000.
- IRTI, *La nullità come sanzione*, in *Contr. e impr.*, 1987, 542 ss..
- IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1999, 19 ss.
- JACOBS, *Jurisdiction and Enforcement in EEC Competition Cases*, in ROWE-JACOBS-JOELSON (eds.), *Enterprise Law of the 80's. European and American perspectives on competition and industrial organisation*, New York, 1980, 204 ss.
- JAEGER, *Valutazione comparativa di interessi e concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1970, I, 5 ss.
- JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, 3. Auf., Offenburg, 1948.
- JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, trad. it. a cura di Nogler-Donini, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 491 ss.
- KERSE-KAHN, *EC Antitrust Procedure*, 5th ed., London, 2005.

- KLEIT (ed.), *Antitrust and Competition Policy*, Chaltenham-Northampton, 2005.
- KÖHLER -BORNKAMM, *Wettbewerbsrecht*, 25. Auf., München, 2007.
- KOMNINOS, *Effect of Commission decisions on private antitrust litigation: setting the story straight*, in *CMLR*, 2007, 1387 ss.
- KORAH, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, London, 2004.
- KUMMER, *Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlauter und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb*, Bern, 1960.
- LA CHINA, *Commento sub art. 33, l. 287/1990*, in AFFERNI (a cura di), *Concorrenza e Mercato. Commento alla Legge 10 ottobre 1990 n. 287 e al Decreto Legislativo 25 gennaio 1992 n. 74*, Padova, 1994, 650 ss.
- LA CHINA, voce *Norma (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 411 ss.
- LADDIE., *Community Competition Law in English Courts*, in ANDENAS-JACOBS (eds.), *European Community Law in the English Courts*, Oxford, 1998, 165 ss.
- LASOK, *Judicial Review of Issues of Fact in Competition Cases*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1983, 86 ss.
- LASOK, *The European Court of Justice, Practice and Procedure*, 2nd ed., London-Dublin-Edinburgh, 1994.
- LAVE, *Umbrella standing: the tradeoff between plaintiff suit and speculative claims*, in *Antitrust Bull.*, 2003, 223 ss..
- LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazione di norme antitrust*; in *Danno e resp.*, 2004, 933 ss.
- LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2010, 63 ss.
- LIBERTINI, *I procedimenti e i provvedimenti dell'autorità antitrust*, in CASTRONOVO-MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. III, Milano, 2007, 335 ss.
- LIBERTINI, *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, in *Annali del Seminario Giuridico* (dell'Università di Catania), VI, (2004-2005), Milano, 2006.
- LIBERTINI., *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, 649 ss.
- LIBONATI, *Antitrust e risarcimento del danno*; in *Danno e resp.*, 2005, 495 ss.
- LIGI, *Considerazioni a margine di una "nebulosa giuridica"*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, II, 218 ss.
- LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, nuova ed. riv., a cura di G. ASTUTI, Milano, 1968.

- LOUIS-ACCARDO, *Ne bis in idem, Part 'bis'*, in *World Comp.*, 2011, 97 ss..
- LUISO, *Commento sub art. 29, l. 31 dicembre 1996, n. 675*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 662 ss.
- LUISO, *Diritto processuale civile, I, Principi generali*, 5° ed., Milano, 2009.
- LUZZATTO-QUEIROLO, *Sovranità, "jurisdiction" e regole di immunità*, in CARBONE-LUZZATTO-SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, 2° ed., Torino, 2003, 189 ss..
- MAITLAND-WALKER, *A step closer to a definitive ruling on a right in damages for breach of EC competition rules*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1992, 3 ss.
- MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004.
- MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. I. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, Milano, 1962.
- MANDRIOLI, *Diritto processuale civile, I*, XV ed., Torino, 2003.
- MARINELLI, *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c.. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.
- MARKENSIS, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd ed., Oxford, 1990.
- MARKERT, *Wettbewerb und Wirtschaftspolitik in der EWG*, in *La Constitution économique européenne*, La Haye, 1971.
- MÄSCH, *Private Ansprüche bei Verstoßen gegen das europäische Kartellverbot – "Courage" und die Folgen*, in *EuR*, 2003, 825 ss.
- MAXWELL-KON, *Enforcement in national courts of the EC and new UK competition rules: obstacles to effective enforcement*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1998, 443 ss.
- MAY (gen. ed.), *The Civil Procedure Rules 1999*, 2nd ed., London, 1999.
- MCCLEAN, *International Co-operation in Civil and Criminal Matters*, Oxford, 2002.
- MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001.
- MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.
- MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2° ed., Torino, 2002.
- MENCHINI, voce *Sospensione processo cognitivo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, 36 ss.
- MENGOZZI, *Il Diritto della Comunità Europea*, Milano, 1990.
- MERKIN-WILLIAMS, *Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC*, London, 1984.
- MERLIN, *Azione di accertamento negativo di crediti ed oggetto del giudizio (casi e prospettive)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 1064 ss.

- MERLIN, *Il conflitto internazionale di giudicati fra delibazione costitutiva e riconoscimento automatico nel sistema italiano*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, Padova, 2009, t. II, 853 ss..
- MERLIN, *Proroghe pattizie e principio di "pari autorità" nell'accertamento della competenza internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 971 ss.
- MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1942.
- MINERVINI, *Obblighi internazionali e disciplina interna in materia di concorrenza sleale*, in *Riv. dir. ind.*, 1957, I, 237 ss..
- MIRANDA-RITTER, *Concorrenza, autorità comunitarie, giudici nazionali*, *Foro it.*, 2001, IV, 209 ss.
- MÖLLERS-HEINEMANN, *The enforcement of competition law in Europe*, Cambridge, 2007.
- MONACO, *I principi di interpretazione seguiti dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Riv. dir. eur.*, 1963, 3 ss.
- MONTESANO, *Lezioni sulla giurisdizione e sull'efficacia delle sentenze*, Bari, 1972.
- MORETTI, *Valutazioni economiche complesse in materia antitrust e self restraint dei giudici dell'UE*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 315 ss.
- MORTATI, voce *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. V, Torino, 1960, 1099 ss.
- MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità e rilevanza dell'atto traslativo*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, 269 ss.
- MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 137 ss.
- MUELLER, *Antitrust economics and "the flying Dutchmen": how economics ruined antitrust in Reagan's 1980s*, in *Antitrust Bull.*, 2008, 1 ss.
- MUESSIG-SEIF, *The Common Legal Tradition of a Court Established by Law: Historical Foundations of Art. 6 para. 1 European Convention on Human Rights*, in *Am. Journ. Legal History*, 2005, 161 ss.
- MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale*, Padova, 1993.
- MUSCARDINI, *Potere cautelare dei Giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1991, 1042 ss.
- NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010.
- NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*, in *Corr. giur.*, 2003, 339 ss.

- NAZZINI, *Parallel and Sequential Proceedings in Competition Law: An Essay on the Modes of Interaction between Community and National Law*, in *Eur. Business Law Rev.*, 2005, 245 ss.
- NAZZINI-ANDENAS, *Awarding Damages for Breach of Competition Law in English Courts – Crehan in the Court of Appeal*, in *Eur. Business Law Rev.*, 2006, 1191 ss.,
- NEBBIA, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, 23 ss.
- NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006.
- NEGRI, *Il “cartello delle vitamine” e la giurisdizione per connessione nelle azioni risarcitorie antitrust*, in *Int'l lis*, 2007, 143 ss.
- NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilegua i dubbi nella vicenda RC auto)*, in *Corr. giur.*, 2003, 747 ss.
- NEGRI, *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir-)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione Ce*, in *Int'l lis*, 2009, 71 ss.
- NÖRR, *Die Leiden des Privatrechts: Kartelle in Deutschland von der Holzstoffkartellentscheidung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1994.
- NUYTS, *The enforcement of jurisdiction agreements further to Gasser and the Community principle of abuse of law*, in DE VAREILLES-SOMMIÈRES (ed.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford-Portland, 2007, 55 ss.
- OPPO, *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, 543 ss.
- ORTIZ BLANCO, *European Community Competition Procedure*, 2nd ed., Oxford, 2006.
- PACE, A., *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova “class action”*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 15 ss.
- PACE, L. F., *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla costituzione europea*, Milano, 2005.
- PACE, L. F., *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007.
- PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 349 ss.
- PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza n. 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2005, 333 ss.

- PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomentazioni “extravagantes” per un illecito inconsistente* in *Foro it.*, 2003, I, 1121 ss.
- PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, II, Torino, 2005.
- PAPPALARDO, voce *Concorrenza, intese, concentrazioni, posizioni dominanti nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1988, 357 ss.
- PARDOLESI, *Chi ha paura dell’interpretazione economica del diritto antitrust?*, in *Mercato, conc. e regole*, 2007, 119 ss..
- PARDOLESI, *Private enforcement: da “com’eravamo” alle prospettive di un futuro incisivo*, in BENACCHIO-CARPAGNANO (a cura di), *Il private enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali*, Padova, 2009, 13 ss..
- PAULWEBER, *The End of A Success Story? The European Commission’s White Paper and the Modernisation of the European Competition Law*, in *World Comp. Rev.*, 2000, 3 ss.
- PENASA, *Brevi note sugli effetti della sentenza di patteggiamento nel giudizio civile*, in *Corr. giur.*, 2007, 997 ss.
- PERATONER-PONCIBÒ-VERTU, *Il profilo negoziale delle intese anticompetitive e delle pratiche concordate: risvolti di diritto civile e processuale*, in *Giust. civ.*, II, 2009, 369 ss..
- PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm.*, 2000, 422 ss.
- PESCATORE, *The Doctrine of Direct Effect: an Infant Disease of Community Law*, in *Eur. Law Rev.*, 1983, 155 ss.
- PESCE, *Il programma di clemenza europeo e la tutela dei singoli*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 145 ss.
- PICARDI, *Giurisdizione e sovranità: alle origini della giurisdizione statale*, in *Il diritto processuale civile nell’avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, Padova, 2009, t. II, 3 ss.
- PICARDI, *Il giudice naturale. Principio fondamentale a livello europeo*, in *Dir. e Soc.*, 2008, 513 ss.
- PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 673 ss.
- PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inibitoria e risarcimento*, Padova, 1998.
- PLATTO-LEE, *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes*, 2nd ed., London-Dordrecht-Boston, 1993.
- POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007.
- PORTALE, *Lezioni di diritto comparato*, 2° ed., Torino, 2007.
- POSNER, *Antitrust Law*, 2nd ed., Chicago-London, 2001.
- PROSPERETTI-SIRAGUSA-BERETTA-MERINI, *Economia e diritto antitrust. Un’introduzione*, Roma, 2006.

- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 4° ed., Napoli, 2002.
- PUGLIESE, “*Res iudicata pro veritate accipitur*”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 503 ss.
- PUGLIESE, voce *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1969, 785 ss.,
- PUNZI, *La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 647 ss.
- QUADRI, *Commento sub art. 5, Tr. CEE*, in QUADRI-MONACO-TRABUCCHI (dir. da), *Commentario al Tr. CEE*, vol. I, Milano, 1965, 51 ss.
- RAFFAELLI, *L'applicazione del diritto antitrust tra giudici nazionali e Commissione*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 645 ss.
- RAGUSA MAGGIORE, *Limiti di validità temporale della clausola di vendita a prezzo imposto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1252 ss.
- RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998.
- RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987.
- RASELLI, *Le sentenze determinative*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, 565 ss..
- RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice*, Milano, 1975.
- REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 257 ss.
- RITTER-BRAUN-RAWLINSON, *EC Competition Law, A Practitioner's Guide*, 2nd ed., The Hague-London-Boston, 2000.
- RODGER, *Competition law litigation in the UK: a study of all cases to 2004*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 2006, 241 ss.
- ROMANO, *L'azione di accertamento negativo*, Napoli, 2006.
- ROSSI, *Governo, Magistratura e Autorità Garante della concorrenza e del mercato: tre diverse filosofie dell'Antitrust*, in *Riv. soc.*, 2000, 1084 ss.
- ROSSI., *Antitrust e teoria della giustizia*, in *Riv. soc.*, 1995, 1 ss.
- RYNGAERT, *Jurisdiction over antitrust violations in international law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2008.
- SAGGIO, *Competenze rispettive delle autorità comunitarie e nazionali in materia di controllo e repressione delle attività anticoncorrenziali delle imprese*, in *Dir. Un. eur.*, 1997, 1 ss.
- SAGGIO, *Incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle norme processuali nazionali*, in *Corr. giur.*, 2001, 114, 124 ss.
- SALANITRO, *Disciplina antitrust e contratti bancari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, II, 415 ss.
- SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, II, 875 ss.
- SANDULLI, P., *In tema di giudicato penale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 984 ss.

- SANTAGATA, *Le nuove prospettive della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, 141 ss.
- SANTUCCI, *Accertamento e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 409 ss.
- SATTA, F., *Giurisdizione ordinaria e cognizione diretta del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 567 ss.
- SCARSELLI, *La tutela dei diritti dinanzi alle Autorità Garanti. I. Giurisdizione e amministrazione*, Milano, 2000, 146 ss.
- SCHLESINGER, *Sul problema della responsabilità per i danni derivanti dalla violazione dei divieti previsti dal progetto governativo di legge a tutela della concorrenza*, in *Riv. soc.*, 1960, 729 ss.
- SCHLESINGER-VANZETTI, *Aspetti privatistici delle cosiddette "vendite a premio"*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1966, 175
- SCHÖNKE, *Il bisogno di tutela giuridica (Un concetto giusprocessualistico fondamentale)*, trad. it. di Carnelutti, in *Riv. dir. proc.*, 1948, 132 ss.
- SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1045 ss.,
- SCUFFI, *Azioni inibitorie ed ordini di facere nel private enforcement del diritto antitrust*, Relazione al IX Convegno Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea, Treviso, 20-21 maggio 2010).
- SEMINARA, *Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: le norme della Comunitaria 2004 (III)*, in *Dir. pen. e processo*, 2006, 9 ss.
- SIMON-BARAV, *Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame*, in *Rev. Marché Commun.*, 1990, 591 ss.
- SPENCER-BOWER-TURNER-HANDLEY, *The doctrine of res judicata*, 3rd ed., London-Edinburgh-Dublin, 1996.
- SPOLIDORO, *Costituzione e limitazioni soggettive della legittimazione ad agire per concorrenza sleale*, in *Giur. cost.*, 1982, II, 74
- STACHTIARIS, *Undergraduate Financial Aid and United States v. Brown University*, in *Fordham Law Rev.*, 1994, 1745 ss.
- STEINER, *From Direct Effect to Francovich: Shifting Means of Enforcement of Community Law*, in *Eur. Law Rev.*, 1993, 3 ss.
- STELLA, M., *La prima pronuncia di un Tribunale italiano in un caso di c.d. follow-on antitrust litigation e sul valore delle decisioni della Commissione CE in materia*, in *Int'l lis*, 2009, 149 ss.
- STELLA, P., *L'enforcement nei mercati finanziari*, Milano, 2008.
- STORME (ed.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht-Boston-London, 1994.

- STROZZI, *Il sistema normativo*, in CHITI-GRECO (a cura di), *Tr. dir. amm. europeo, Parte generale*, Milano, 1997.
- STÜRNER, *Duties of disclosure and burden of proof in the private enforcement of European competition law*, in BASEDOW, *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007, 163 ss.
- TARDELLA, *Private enforcement delle regole di concorrenza: quale equilibrio?*, in RAFFAELLI (ed.), *Antitrust between EC law and national law*, Bruxelles-Milano, 2009, 469 ss.
- TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tr. dir. civ. comm.*, dir. da CICU-MESSINEO, vol. I, t. 2, Milano, 1980.
- TARUFFO, voce *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IV, Torino, 1990, 353 ss.
- TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 902 ss.
- TAVORMINA, *In tema di condanna, accertamento ed efficacia esecutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 25 ss.
- TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 6° ed., Padova, 2010.
- TESAURO, *Diritto transnazionale antitrust e tutela dei diritti individuali*, in AA.VV. *Antitrust e globalizzazione*, Milano, 2004, 19 ss.
- TESAURO, Relazione al Convegno "Giudici nazionali e giudici dell'Unione europea", Milano, Università degli Studi, 1 marzo 2010.
- TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 141 ss.
- TOFFOLETTI, *Riforma del diritto antitrust comunitario: giudizio di esenzione e diritti dei singoli*, in *Giur. comm.*, I, 2000, 417 ss.
- TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano.
- TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 120.
- TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 702 ss.
- TRABUCCHI, *Regole di diritto e principi generali del diritto nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, 511 ss.
- TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed., Oxford, 2006.
- TRIMARCHI, voce *Illecito (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970, 90 ss.
- TRISORIO LIUZZI, *Processo civile italiano e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in *Il diritto processuale nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad A. Attardi*, Padova, 2009, t. I, 105 ss.
- ULMER, *La repressione della concorrenza sleale negli Stati membri della Comunità Europea. I. Diritto comparato, con proposte per il ravvicinamento delle legislazioni*, Milano, 1968.

- VAN BAEL-BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Alphen aan den Rijn, 2010.
- VAN DEN BERGH, *The subsidiarity principle and the EC competition rules: the costs and benefits of decentralisation*, in SCHMIDTCHEN-COOTER (eds.), *Constitutional Law and Economics of the European Union*, Cheltenham, 1997, 175 ss..
- VAN GERVEN, *Bridging the Gap between Community Law and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies*, in *CMLR*, 1995, 679 ss.
- VAN GERVEN, *Private enforcement of EC competition rules in the ECJ – Courage v. Crehan and the way ahead*, in BASEDOW (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen aan den Rijn, 2007, 19 ss.
- VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *CMLR*, 2000, 501 ss.
- VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 28 ss.
- VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 760 ss..
- VIGORITI, *Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (Note di giurisprudenza comparata)*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 516 ss.
- WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1988.
- WARD-SMITH, *Competition litigation in the UK*, London, 2005.
- WATT, *Trusts and Equity*, Oxford, 2003.
- WEILER, *The Constitution of Europe*, (trad. it. a cura di Martines-Ninatti), Bologna, 1999.
- WEYER, *Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für das nationale Zivilverfahren – Verpflichtung der nationalen Zivilgerichte zur Anwendung der Art. 81, 82 EGV*, in *EuR*, 2000, 145 ss.
- WHISH, *Competition Law*, 5th ed., Oxford 2005.
- WIEDEMANN, *Kartellrecht*, 2. Auf., München, 2008.
- WURMNEST, *A New Era for Private Antitrust Litigation in Germany? A Critical Appraisal of the Modernized Law against Restraints of Competition*, in *German Law Journ.*, 2005, 1173 ss.
- WYATT-DASHWOOD, *The Substantive Law of the EEC*, London, 1987.
- ZAMIR, *The declaratory judgment*, London, 1962.
- ZEUNER, *Historische Linien in der Entwicklung des Rechts am Gewerbebetrieb des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Verkehrssicherungspflichten*, in *VersR*, 1983, 196 ss.
- ZIMMERMANN, *Commento sub Art. 60 Tr. CECA*, in QUADRITRABUCCHI-MONACO (dir. da), *Comm. Tr. ist. Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*, Milano, 1970, Vol. II, 784 ss.

- ZUCCOLINI, *L'azione inibitoria come strumento di tutela degli interessi diffusi*, in *Giur. merito*, 1983, 1057 ss.
- ZUFFI, *La Corte d'appello di Torino riconosce all'azione di classe ex art. 140-bis cod. cons. esclusiva funzione condannatoria, respingendo i dubbi di costituzionalità avanzati in merito al c.d. "filtro"*, in *Corr. giur.*, 2011, 525 ss.
- ZWEIGERT-KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato. I. Principi fondamentali*, ed. it. a cura di A. di Majo e A. Gambaro (rist. integ. con addenda), Milano, 1998.