

GIURISPRUDENZA COMMERCIALE

Anno XXIX Fasc. 6 - 2002

Marco Lamandini

**LE RESTRIZIONI DELLA
CONCORRENZA INNANZI AI
GIUDICI CIVILI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Le restrizioni della concorrenza innanzi ai giudici civili (*)

1. Il tema della mia relazione si presta ad una pluralità di letture. In primo luogo, esso invita ad una riflessione sul piano della politica del diritto al fine di valutare la desiderabilità, e dunque l'efficienza, di un assetto istituzionale dell'*antitrust* che rimetta la funzione di « aggiudicazione » degli interessi alternativamente ai giudici (come avviene nel modello statunitense) o all'amministrazione ovvero ad entrambi (come avviene nell'esperienza nazionale e comunitaria). Si tratta di un profilo la cui discussione ha accompagnato, direi in termini essenzialmente « ideologici » piuttosto che analitici, la disciplina antimonopolistica nazionale fin dalla sua (tardiva) origine (giacché come è noto al modello incentrato sul giudice si ispirava il disegno di legge « Rossi », mentre al modello polarizzato sull'amministrazione si ispirava il disegno di legge di iniziativa governativa) e temo che, anche oggi, l'analisi economica del diritto non offra risposte univoche utilizzabili in termini di « policy ». L'esperienza empirica — alla quale vorrei principalmente rifarmi in questo mio breve intervento — offre a sua volta indicazioni ambivalenti. Se da una parte, infatti, il rilievo quantitativo dei giudizi « privati » *antitrust* in base all'art. 33 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 appare piuttosto modesto, dall'altra parte il rilievo « qualitativo » degli stessi (misurato in termini di rilevanza, nel singolo caso concreto, del bene della vita di cui si chiede tutela) è in genere tutt'altro che tale e risulta al tempo stesso evidente come l'applicazione giudiziaria del diritto della concorrenza costituisca uno dei fondamentali pilastri sui quali si regge, a maggior ragione dopo la « comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra giudici nazionali e la Commissione sull'applicazione degli artt. 85 e 86 del trattato » (93/C 39/05), l'*enforcement* dell'*antitrust* comunitario. Ne deriva, mi pare, l'ormai diffuso (anche se non unanime) convincimento del sostanziale buon funzionamento di un sistema applicativo « a doppio binario », pur con l'altrettanto diffusa consapevolezza che il sistema di competenze apprestato dall'art.

(*) Testo, corredato di un apparato minimo di note, della relazione tenuta al Convegno di studio su « *L'impresa tra libertà e vincoli (il profilo del diritto della concorrenza)* », organizzato dall'Associazione Italiana Giuristi di Impresa e dall'Università degli Studi di Torino, Torino, 9 maggio 2002.

33 della l. n. 287/1990 presenta più di un problema applicativo e che anche nell'ordinamento comunitario, come testimonia da ultimo la sentenza « Masterfood » ⁽¹⁾, è tutt'altro che compiuta la ricerca del « giusto » equilibrio tra competenze amministrative accentrate e competenze giudiziali decentrate.

2. In secondo luogo, su di un terreno meno ambizioso (e meno « sdrucchiolevo ») di quello della regolazione, il tema che mi è stato affidato invita ad un, seppur parziale, bilancio dell'esperienza applicativa finora maturata, attraverso una sintetica considerazione, per così dire « di vertice », dei principali problemi emersi in sede giudiziale nei non numerosi casi decisi dai giudici italiani. È pur vero, peraltro, che le lezioni che è possibile trarre dal riesame dell'esperienza storica non si limitano a dare un contributo di chiarificazione della disciplina esistente ma offrono anche indicazioni di « policy », di modo che l'andamento di questo mio intervento risulterà « circolare », nel senso che alla rassegna critica delle decisioni dei nostri giudici civili, che mi appresto a svolgere, faranno conclusivamente seguito alcuni rilievi a contenuto « regolatorio ».

3. Se si considerano i 31 provvedimenti raccolti da Marina Tavassi e Massimo Scuffi fino al 1998 ⁽²⁾ e i non numerosi casi successivi, editi e non editi (per questi ultimi naturalmente nei limiti di quanto a mia conoscenza), un primo dato che emerge piuttosto inequivoco è l'importanza che la parte che lamenta la violazione del proprio diritto soggettivo d'impresa per effetto di comportamenti altrui contrari alla disciplina *antitrust* attribuisce ad una giustizia pronta in sede cautelare. Sono infatti rare le ipotesi in cui il procedimento avanti al giudice nazionale non presenta una fase cautelare: esse si limitano infatti, almeno essenzialmente, i) al caso in cui la doglianza *antitrust* viene sollevata in via di eccezione al fine di paralizzare l'azione *ex adverso* proposta (si pensi all'ipotesi dell'azione di adempimento contrattuale in cui il convenuto eccede la nullità del contratto o all'ipotesi dell'azione fondata su di un diritto di esclusiva cui il convenuto opponga il carattere abusivo sotto il profilo *antitrust* della pretesa) o ii) al caso in cui il giudizio avanti alla magistratura ordinaria venga intrapreso ai fini del risarcimento del danno successivamente alla decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (o della Banca d'Italia nel settore del credito: e si pensi qui, per un esempio tra i tanti, alle iniziative « collettive » per il risarcimento dei danni intraprese dalle associazioni rappresentative all'esito del procedimento « gruppo

⁽¹⁾ Corte di giustizia, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 209.

⁽²⁾ M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, specie pp. 495-717.

amici della banca ») ⁽³⁾. Eppure, malgrado l'importanza che riveste una pronta aggiudicazione favorevole per la parte lesa, solo una percentuale molto modesta di ricorsi viene accolta: così modesta (nell'ordine, si direbbe, di circa il 5% dei casi) da fare seriamente dubitare che lo strumento cautelare affidato al giudice civile sia, in questa materia, dotato di una qualche efficacia. Certo non mancano meritorie, seppur rarissime, eccezioni: la gran parte di esse tuttavia illustra come l'esito del cautelare sia quasi cabalistico ⁽⁴⁾. Ora, infatti, il provvedimento cautelare favorevole concesso in prima istanza è risultato revocato in sede di reclamo e questo tanto (caso « SIP c. Telesystem ») ⁽⁵⁾ in una situazione in cui il giudizio di merito si è poi concluso con una sentenza parziale di accertamento della responsabilità e successiva sentenza di liquidazione del danno (per ammontare non trascurabile, specie in rapporto agli *standard* italiani: oltre tre miliardi e seicentomilioni di lire) quanto (caso « Ciuffo Gatto ») ⁽⁶⁾ in una situazione in cui il giudizio di merito si è concluso con il rigetto delle domande; ora, al contrario, il provvedimento cautelare è risultato concesso solo in sede di reclamo dopo essere stato respinto in prima deliberazione, benché l'illecito sia poi risultato accertato anche in sede di sentenza definitiva (ciò è quanto accaduto nel caso « Tramaplast ») ⁽⁷⁾; ora infine il provvedimento cautelare concesso in prima istanza è stato solo parzialmente confermato in sede di reclamo e dalla successiva sentenza parziale (è questo il caso « Inaz Paghe c. Consulenti del Lavoro ») ⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Banca d'Italia, provv. 18 gennaio 2000, n. 31, in *Foro it.*, 2000, III, c. 290.

⁽⁴⁾ Univoche sono le decisioni cautelari, che impongono un non *facere*, nel caso « Telecom Italia c. Albacom » di App. Roma, 16 agosto 2000, ord. est. Loreface e App. Roma, 6 febbraio 2001, ord. est. Cavallo, entrambe inedite.

⁽⁵⁾ App. Milano, 27 settembre 1994 (ord. est. Ceccherini), in *Dir. ind.*, 1995, p. 461, con nota di CELONA, concedeva la misura cautelare richiesta, consistente in un *facere* diretto all'adempimento di contratti già conclusi; App. Milano, 4-11 novembre 1994 (ord. est. Barcellona), in *Foro it.*, 1995, I, c. 1325, con nota di BARONE, revocava l'ordinanza; App. Milano 11-17 gennaio 1995 (ord. est. Ceccherini), in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 95, con nota di RICCI, dichiarava inammissibile il riesame della questione oggetto di reclamo; App. Milano, 27 giugno-18 luglio 1995 (sentenza parziale est. Ceccherini) e 26 novembre-24 dicembre 1996 (sentenza definitiva est. Ceccherini) accertava la responsabilità e liquidava il danno. Tutti i provvedimenti si leggono in M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 560.

⁽⁶⁾ App. Milano, 12-29 aprile 1995, ord. est. Vanoni; App. Milano, 30 maggio-3 giugno 1995, ord. est. Rocco; App. Milano, 12 luglio 1995, sentenza est. Vanoni, che si leggono in M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 631.

⁽⁷⁾ App. Milano, 9 giugno 1998, ord. est. Ceccherini respingeva il ricorso; App. Milano, 9 luglio 1998, ord. est. Vanoni, accoglieva il ricorso in sede di reclamo inibendo la continuazione di attività escludenti concertate tra le resistenti a danno della ricorrente; App. Milano, 22 marzo 2000, sentenza definitiva est. Tavassi dichiarava la nullità dell'intesa denunciata, respingendo tuttavia la domanda di risarcimento del danno per difetto di prova circa il nesso causale.

⁽⁸⁾ App. Milano, 29 settembre 1999, ord. est. Vanoni, in *Dir. ind.*, 1999, p. 338; App. Milano, 12 novembre 1999, ord. est. d'Agostino; App. Milano, 12 marzo 2002, sentenza est. Bichi; 27 febbraio 2002, ord. est. Bichi (per la continuazione del giudizio nei confronti di alcune parti ai fini della liquidazione del danno).

4. Le ragioni che vengono addotte come *rationes decidendi* del frequente rigetto delle istanze cautelari sono di diverso tipo. Prevalentemente, si riscontrano motivazioni che negano la ricorrenza, nella specie, del « *fumus boni juris* » perché il comportamento denunciato viene considerato non illecito o comunque estraneo all'ambito di applicazione della normativa *antitrust* o perché comunque si afferma che il ricorrente non ha dato prova dei fatti costitutivi della domanda. Non mancano tuttavia ipotesi in cui il rigetto della domanda dipende da ragioni processuali ora di competenza ora, in un caso, di composizione stessa (monocratica o collegiale) dell'organo giudicante in prima istanza ora di difetto del requisito del pericolo nel ritardo. È questo ad esempio il caso di un recentissimo provvedimento della Corte d'appello di Bologna ⁽⁹⁾ che, mentre ha riconosciuto — sia pure in sede di deliberazione sommaria — la ricorrenza nella specie di un'intesa avente ad oggetto la restrizione della concorrenza, ha negato che nella specie potesse pronunciarsi la richiesta inibitoria, motivando che il difetto di pericolo andava desunto sia dal tempo trascorso tra il momento in cui ha avuto luogo l'intesa e quello di proposizione del ricorso sia dalla mancata prova circa il prodursi e il perdurare di un effetto anticompetitivo dell'intesa denunciata.

5. Un punto oltremodo critico si è sempre dimostrato, in questi dodici anni di applicazione della l. n. 287/1990, quello relativo ai provvedimenti cautelari concedibili. È ben noto il contrasto di orientamenti che si è manifestato tra Corti d'appello nell'interpretazione dell'art. 33 nella parte in cui rimette alla competenza della Corte d'appello « i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alle violazioni delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV ». Da un lato vi sono decisioni, dapprincipio principalmente milanesi, ispirate ad un atteggiamento più liberale che privilegiano una lettura non restrittiva delle misure « atipiche » che il giudice può adottare ai sensi dell'art. 700 c.p.c. in modo da ricomprendervi anche l'inibitoria diretta ad evitare che, nelle more del giudizio di merito, si producano ulteriori danni o il diritto fatto valere dal ricorrente venga irrimediabilmente compromesso. Perspicua è sotto questo profilo la motivazione che si legge nell'ordinanza 31 gennaio-5 febbraio 1996, est. Tavassi, nel caso « Comis/Fiera di Milano » ⁽¹⁰⁾:

« senza scendere nel dettaglio delle diverse misure qui specificamente invocate, va ricordato come sia principio consolidato che in sede cautelare, ove si invocano provvedimenti di urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. (cui sicuramente rimanda, anche se non esclusivamente, la dizione "provvedimenti di urgenza" di cui

⁽⁹⁾ App. Bologna, 20-25 marzo 2002, ord. est. Savastano, Bluvacanze c. Fiavet, inedita.

⁽¹⁰⁾ Si legge in M. TAVASSI-M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, cit., p. 698.

all'art. 33 della l. n. 287/1990), che l'atipicità delle misure cautelari previste dal nostro ordinamento, unitamente a quelle tipiche, consente al giudice adito di assumere quei provvedimenti che, con valutazione discrezionale, egli ritenga idonei a tutelare, in via temporanea e fino alla pronuncia sul merito, il diritto che si assume minacciato da un pregiudizio imminente ed irreparabile. A maggior ragione tale impostazione deve assistere l'operare del giudice laddove si tratti di materia di recente formazione e di multiforme casistica, come nel settore della concorrenza ove non è possibile stabilire *a priori* ed entro limiti ristretti il contenuto dei provvedimenti che sia necessario assumere nel caso concreto. In tale ottica deve ribadirsi in astratto l'ammissibilità anche di provvedimenti inibitori ove questi siano finalizzati alla conservazione del diritto ovvero a limitare gli effetti pregiudizievoli allo stesso, contenendo il danno, anche eventualmente in vista di un suo risarcimento in forma specifica. Unico limite ravvisabile è che si tratti di provvedimenti che rientrino nella giurisdizione del giudice ordinario e che appaiano strumentali alle azioni di nullità e di risarcimento del danno, senza necessità che il contenuto di detti provvedimenti si identifichi in tutto o in parte con le domande formulate o prospettate per il giudizio di merito ».

Dall'altro lato vi è viceversa un diverso e restrittivo orientamento, ispirato inizialmente dalla corte romana, secondo il quale l'inibitoria sarebbe estranea ai provvedimenti demandati alla cura dell'autorità giudiziaria, sia in sede definitiva sia — correlativamente — in sede cautelare e provvisoria. In questa sua originaria formulazione, peraltro, l'orientamento restrittivo sembra decisamente recessivo nella più recente applicazione, risultando espressamente abbandonato pure dai giudici romani, ad es. nel caso « Stream/Telepiù »⁽¹¹⁾. Ciò non toglie che alcune recenti decisioni torinesi abbiano riproposto in tutta la sua gravità il problema: da un lato esprimendo a chiare lettere — in due distinte occasioni — il principio secondo cui l'inibitoria definitiva dovrebbe considerarsi estranea al novero dei provvedimenti finali devoluti alla cognizione del giudice⁽¹²⁾ e dall'altro lato respingendo anche le richieste cautelari di inibitoria lamen-

⁽¹¹⁾ App. Roma, 16 gennaio 2001, ord. est. Lacquanti, in *Danno e resp.*, 2001, p. 284.

⁽¹²⁾ Dapprima App. Torino, 12 giugno 2000, ord., est. Macchia, Praticò c. Asi, inedita; successivamente, App. Torino, 7 agosto 2001, est. ancora Macchia, nel caso « Seat/Pagine Italia »: a p. 14 di quest'ultima si legge che « le attribuzioni giurisdizionali della Corte d'appello di cui all'art. 33 c.p. cit. hanno carattere tassativo, interferendo eventuali poteri di proibizione o di imposizione con l'operato dell'Autorità garante, il cui sindacato giurisdizionale è riservato al Tar Lazio. Non può condividersi — prosegue la Corte — l'affermazione dell'attore la dove ha inteso prospettare le richieste in esame come domande di risarcimento dei danni in forma specifica; in realtà tali domande non mirano ad elidere pregresse conseguenze dannose mediante una riduzione in pristino, ma sono rivolte al futuro e sono protese ad impedire il verificarsi di danni successivi. Tanto meno può condividersi — conclude la Corte — l'affermazione secondo cui la natura meramente consequenziale (rispetto alla declaratoria di nullità e di illiceità delle condotte denunciate) delle richieste statuizione vorrebbe ad attrarre le relative domande nell'ambito dell'art. 33: l'esistenza di una correlazione logico-giuridica la quale, sul piano concettuale, ponga un accertamento di illiceità come pregiudiziale rispetto ad una susseguente statuizione di un fare o un non fare, non vale infatti a dilatare la competenza giurisdizionale attribuita alla Corte ».

tandone una pretesa « genericità », in conseguenza del fatto che la richiesta inibitoria cautelare della continuazione dell'illecito non avrebbe specificato « le misure specifiche e concrete richieste al giudice »⁽¹³⁾. Ciò che, a dire della prima sezione della Corte torinese, varrebbe quanto « affidarsi all'assoluta discrezionalità del giudice nell'individuare i provvedimenti più acconci e significherebbe vanificare il fondamentale principio, valido anche per le azioni cautelari, di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c., lasciando il giudice arbitro di pronunciare fuori da specifiche domande ». Si tratta, come si vede, di motivazioni che preludono al disimpegno del giudice rispetto ad una efficace aggiudicazione degli interessi e che, là dove si fanno scudo del preteso riparto di funzioni tra autorità indipendente e giudice, finiscono pericolosamente con l'anteporre preoccupazioni di raccordo istituzionale alla tutela effettiva delle situazioni soggettive in ipotesi lese dall'illecito *antitrust*. Per quanto, per ragioni di opportunità, ritenga doveroso astenermi da un più diffuso commento (il caso tuttora pende avanti alla Suprema Corte), mi pare comunque necessario rammentare innanzitutto che, nel medesimo procedimento cautelare, altra sezione della medesima Corte⁽¹⁴⁾, prestando adesione « alla dottrina di gran lunga maggioritaria e alla consolidata giurisprudenza » ha convincentemente disatteso, in sede di reclamo, l'eccezione di genericità, affermando il principio che « il ricorrente non deve, a pena di inammissibilità della domanda cautelare, indicare anche le concrete misure da emanarsi per scongiurare il pericolo nel ritardo dedotto. La legge non richiede tale requisito, visto che l'art. 700 c.p.c. sancisce la possibilità per il ricorrente di chiedere al giudice i provvedimenti d'urgenza che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, così attribuendo al giudice un potere discrezionale nel forgiare e nel plasmare elasticamente il contenuto effettivo della misura cautelare in relazione alle singole concrete evenienze del caso ». Quanto invece al problema del riparto di competenze, è bene ricordare che — prescindendo per il momento dalla questione dell'opportunità, in punto di « *policy* », di un doppio binario « amministrativo » e « giudiziario » — la nostra Suprema Corte ha già nel 1999 chiarito, nel caso « Ferro c. Mafin »⁽¹⁵⁾, che l'applicazione da parte dell'Autorità garante e del giudice civile della l. n. 287 del 1990 si collocano su piani sistematici diversi, attinenti il primo all'interesse generale (« pubblico ») alla concorrenzialità del mercato e l'altro alla tutela individuale (« privata ») delle situazioni soggettive dei singoli danneggiati lesi nel loro diritto d'impresa, costituzionalmente garantito. Di conseguenza non si vede come l'esistenza di poteri inibitori spettanti

⁽¹³⁾ App. Torino, 29 novembre 2000, ord. est. Macchia, cit.; già prima App. Torino, 12 giugno 2000, est. Macchia, ord. cit.

⁽¹⁴⁾ App. Torino, 14-19 febbraio 2001, est. Scotti.

⁽¹⁵⁾ Cass., 1 febbraio 1999, n. 827, in questa *Rivista*, 1999, II, p. 223 ss.

all'Autorità a presidio del primo « bene » possa ostare al riconoscimento interpretativo di corrispondenti poteri spettanti al giudice a presidio del secondo e diverso, seppur correlato, « bene ». Non senza dire inoltre che, stante il principio di strumentalità necessaria del provvedimento cautelare rispetto al definitivo, risulterebbe alquanto singolare ritenere che l'inibitoria cautelare — ammessa — non possa poi acquisire stabilità alcuna all'esito del giudizio di merito.

6. Nella « modulazione » delle cautele provvisorie, i giudici si attengono peraltro piuttosto fermamente al principio fissato dall'art. 2908 c.c. a stregua del quale (solo) « nei casi previsti dalla legge l'autorità può costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici ». Ne segue che, salvo rare eccezioni, l'illecito non viene sanzionato con l'imposizione di comportamenti di *facere*, e in specie con l'imposizione di obblighi a contrarre o a fornire. In tal modo, sotto il profilo pratico, la sanzione del giudice finisce con l'essere inidonea, specie con riguardo a fattispecie escludenti o di annientamento, a preservare effettivamente la concorrenza sul mercato e, al tempo stesso, il diritto d'impresa del concorrente la cui violazione costituisca effettivo attentato alla concorrenzialità del mercato. Da un punto di vista teorico, l'indisponibilità di strumenti coercitivi di natura costitutiva sanziona l'espulsione delle situazioni soggettive incise da illeciti *antitrust* dall'area delle regole di tipo « proprietario » (cioè dalle « *property rules* ») per ricondurle a quella delle regole di tipo meramente risarcitorio (« *liability rules* »). Ciò che mi pare possa porre qualche interrogativo, se non sul piano applicativo (attesa la formula dell'art. 2908, che pur andrebbe interpretata restrittivamente) ⁽¹⁶⁾, almeno su quello regolatorio, inducendo a riflettere sull'opportunità di introdurre una deroga espressa, per questo settore, al principio dell'eccezionalità delle pronunce costitutive.

7. Il tema (più sopra accennato) del rapporto o dell'« interferenza » tra funzioni dell'Autorità e funzioni del giudice civile acquista viceversa spessore sotto altri profili. Non mette qui conto tornare sulla questione della pretesa, ma inesistente (nel diritto *antitrust* nazionale, a differenza che in quello comunitario, come illustra da ultimo la già citata sentenza « Masterfood ») pregiudizialità necessaria dell'accertamento « amministrativo » rispetto a quello giudiziario, essendo che sul punto si registra ormai un'univocità di indirizzo applicativo che non ha corrispondenti rispetto a nessun'altra delle questioni che usualmente si agitano nell'applicazione

⁽¹⁶⁾ Ma si vedano i rilievi che si leggono in App. Roma, 16 gennaio 2001, nel caso « Stream/Telepiù », cit., in specie a p. 287 a sostegno dell'ammissibilità di provvedimenti di sospensione cautelare degli effetti di contratti ritenuti, con deliberazione sommaria, in contrasto con la normativa *antitrust*.

cazione della normativa *antitrust* nazionale. Come si legge nella decisione « Stream/Telepiù »

vi è assoluta autonomia tra il procedimento amministrativo e quello giudiziario sia sotto il profilo processuale (non essendo previsto un rapporto di pregiudizialità), che sotto quello sostanziale (non assumendo i rispettivi provvedimenti emessi alcuna influenza o condizionamento sulle decisioni adottate dalle diverse autorità).

Mette invece conto accennare ai problemi istruttori e alla utilizzabilità in giudizio degli accertamenti compiuti dall'Autorità garante. L'espressione testé riferita della Corte romana secondo cui non vi sarebbe condizionamento alcuno tra i due procedimenti va infatti correttamente intesa. Ciò non significa infatti che — e numerosi casi, anche recenti (da « Inaz Paghe » allo stesso « Stream/Telepiù » al caso « Girelli/Novogas » ⁽¹⁷⁾) lo confermano — la decisione del giudice non possa fare conto e in certa misura recepire le valutazioni di fatto compiute dall'Autorità garante. Come scrive la Corte di appello di Roma nel caso « Stream/Telepiù » già ricordato:

I provvedimenti del Garante, anche se fondati sulle stesse normative applicabili, non possono fare stato nel procedimento avanti al giudice. Ciò non impedisce peraltro che i fatti accertati storicamente dal Garante e l'elaborazione di dati effettuata su tale base possano costituire oggetto di esame da parte della Corte e fonte probatoria del proprio convincimento, tantopiù ove l'obiettività degli stessi non risulti contestata.

Questi stessi principi sono, almeno implicitamente, riflessi nella prassi invalsa nella giurisdizione amministrativa (in sede di riesame contenzioso dei provvedimenti dell'Autorità garante), dato che i giudici amministrativi, malgrado le ampie prerogative istruttorie riconosciute oggi dalla l. n. 205 del 2000, mostrano di fare buon uso degli accertamenti istruttori compiuti dall'Autorità.

Il già ricordato caso torinese « Seat-Pagine Italia » illustra viceversa l'ipotesi di una decisione di merito successiva al provvedimento dell'Autorità garante sulla medesima materia la quale viene fondata dal giudice su presupposti di fatto, quali il mercato rilevante e la posizione dominante sullo stesso, che sono autonomamente definiti dal giudice stesso, senza fare ricorso ad una consulenza tecnica ma facendo invece esclusivo affidamento alla « (sua) comune (e soggettiva) esperienza » pervenendo per tale via a risultati diametralmente opposti rispetto a quelli motivatamente accertati dall'Autorità all'esito della sua consueta, approfondita, istruttoria.

Si tratta, come si comprende, di un'ipotesi limite, che tuttavia merita di essere richiamata perché consente di evidenziare l'importanza che nei

⁽¹⁷⁾ App. Brescia, 29 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2679.

giudizi *antitrust* dovrebbe essere riconosciuta, oltre che agli accertamenti dell'Autorità (da ritenersi almeno suscettibili di determinare l'inversione dell'onere probatorio), all'accertamento tecnico d'ufficio. L'attribuzione di competenza alla Corte (specie ove essa agisca in composizione collegiale) non ha tuttavia favorito l'utilizzo di questo strumento e dunque la collaborazione istruttoria tra il giudice e il soggetto che invoca la tutela. Rare sono infatti, ad oggi, le consulenze tecniche d'ufficio disposte nei giudizi in base alla l. n. 287 del 1990 (a maggior ragione nella forma della consulenza sommaria, in corso di procedimento cautelare) — tanto più rare se le si confronta con le ben numerose e consuete consulenze che i tribunali ammettono quasi « di routine » (anche in forma sommaria, nel quadro dei giudizi cautelari *ante causam*) ad es. nella limitrofa materia del diritto industriale. Tutt'altro che rare sono invece, come si è detto, le decisioni che rigettano la domanda di tutela lamentando il difetto di prova dei fatti costitutivi (ad es. la ricorrenza effettiva di una posizione dominante). Ciò che nei fatti indebolisce significativamente l'effettività della tutela « privata » *antitrust*. E la indebolisce mi pare non saggiamente, ponendo così l'interrogativo, in punto di « policy » se questa difficoltà di accesso alla prova (che si traduce spesso in una insormontabile difficoltà di accesso alla tutela) non possa e non debba contribuire al ripensamento dell'organizzazione delle competenze giurisdizionali a suo tempo fissate dalla l. n. 287 del 1990.

8. Del resto, le difficoltà applicative poste dalla competenza funzionale della Corte d'appello in base all'art. 33 della l. n. 287 del 1990 sono anche altre, e note non da ieri. Recentemente, il Tribunale di Roma⁽¹⁸⁾, accogliendo prospettazioni che avevo avanzato già nel 1994 e alle quali, malgrado il diverso avviso della Corte meneghina, aveva aderito parte della dottrina, ha avuto modo di ribadire che la competenza funzionale di cui all'art. 33 determina, con riguardo alle fattispecie astrattamente riconducibili sia alle disposizioni della l. n. 287 del 1990 sia all'art. 2598, la specialità della disciplina posta dalla l. n. 287 e dunque l'incompetenza del tribunale a giudicare della medesima fattispecie riguardata sotto il profilo dell'art. 2598 c.c. Ciò che introduce un elemento di complicazione processuale (ed incertezza) non trascurabile e al tempo stesso impedisce di colmare, mediante la via maestra dell'applicazione cumulativa diretta, da parte dello stesso giudice, le lacune già viste dell'art. 33, rispetto a quanto viceversa disposto dall'art. 2599 c.c., circa i provvedimenti di condanna.

Ancor più grave, risulta oggi — specie nel contesto della crescente cooperazione tra Commissione e giudici nazionali per l'applicazione de-

centrata della disciplina *antitrust* comunitaria — l'asimmetria di competenze sulle azioni *antitrust* nazionali e comunitarie. È vero che l'orientamento espresso dalla Suprema Corte⁽¹⁹⁾ di considerare applicabile la disciplina comunitaria solo a restrizioni « transfrontaliere » si presta a fissare un confine abbastanza sicuro tra i due sistemi di norme, ma non v'è dubbio che la circostanza che l'applicazione del diritto comunitario spetti ai tribunali, i quali in verità dimostrano di farne buon governo, rende ormai eccentrica la dichiarata finalità di specializzazione che costituisce il fondamento della previsione, nel 1990, della competenza funzionale, in unico grado, della Corte d'appello con riguardo all'*antitrust* nazionale.

9. Mi sembra dunque che possa ritenersi ormai maturo il tempo — dopo oltre dieci anni di applicazione della legge nazionale e soprattutto dopo che i nostri tribunali hanno ormai acquisito consuetudine con la materia — per un ripensamento della competenza funzionale e per la restituzione dell'intera materia al doppio grado di giudizio. Un ripensamento che, tuttavia, meriterebbe di essere svolto con piena consapevolezza delle ragioni storiche — ormai in gran parte superate — per le quali l'assetto istituzionale dell'*antitrust* in Europa ha imboccato la via dell'amministrazione (o del dualismo giudice e amministrazione) invece che la via maestra del controllo giudiziario. Se infatti si ha pazienza di ripercorrere quel cammino, che si direbbe ormai giunto a compimento — come lucidamente illustrava già diversi anni fa Giuliano Amato⁽²⁰⁾ — se ne dovrebbe concludere che anche l'Autorità garante « avendo solo i poteri dell'arbitro e esercitandoli in conformità a regole arbitrali stabilite dalla legge e applicando sillogismi nutriti certo da analisi economica non meno che giuridica » esercita « funzioni che potrebbe svolgere il giudice, che è in effetti abilitato a svolgerle in base al Trattato ». Giudice per il quale, per di più, non si pongono i problemi, invece ricorrenti nell'esperienza delle Autorità indipendenti (come reiteratamente ha rilevato il giudice amministrativo), del rispetto del *due process* e della separazione (in verità impossibile, presso l'Autorità) tra funzioni requirenti e funzioni decisorie.

10. Ciò non significa, naturalmente, che l'Autorità debba essere spogliata del suo importante ruolo di garante della concorrenza e del mercato: basti dire che, quale che sia il riassetto dei poteri decisorie che si voglia immaginare, il controllo delle concentrazioni e la concessione delle autorizzazioni in deroga (queste ultime, peraltro, nella misura in cui non si pervenga al decentramento applicativo dell'art. 81, 3° comma del trat-

(18) Cass., 28 luglio 1996, n. 8256, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1411.

(19) G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, relazione tenuta il 30 maggio 1997 all'Associazione dei costituzionalisti: in argomento v. anche F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2002, specie p. 105 ss.

(18) Trib. Roma, 31 marzo 2000, ord. est. Orlandi, in *Il dir. ind.*, 2001, p. 181.

tato, che favorirebbe un parallelo decentramento anche dell'omologa previsione italiana) non possono che restare competenze amministrative. Ciò significa solo che è forse venuto il tempo di interrogarsi se, anche da noi, non sia opportuno, con riguardo alle intese e agli abusi di posizione dominante, consegnare ormai all'Autorità essenzialmente la funzione investigativa e « requirente », con la correlata legittimazione a proporre l'azione nell'interesse pubblico avanti al tribunale competente, demandando tuttavia la decisione al giudice, in sezione specializzata.

MARCO LAMANDINI