

**AIDA**

ANNALI ITALIANI DEL DIRITTO D'AUTORE  
DELLA CULTURA E DELLO SPETTACOLO

Anno XV

2006

*(Estratto)*

MARCO LAMANDINI

Arbitrabilità e diritto antitrust



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

## Arbitrabilità e diritto antitrust

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'influenza dell'esperienza nordamericana. – 3. Brevi cenni alla giurisprudenza dei principali paesi europei. – 4. La recente giurisprudenza italiana. – 5. La questione – tuttora irrisolta – della piena tutela del diritto di difesa negli arbitrati aventi ad oggetto questioni antitrust. – 6. La redazione delle clausole compromissorie e gli arbitrati amministrati. – 7. Una postilla sugli arbitrati «provvedimentali».

1. Il tema che mi è stato assegnato è «classico» e «di attualità» al tempo stesso: classico, giacché la riflessione teorica e pratica sull'arbitrabilità delle controversie che hanno riguardo all'applicazione della legislazione antimonopolistica è assai risalente e relativamente risalente è anche il consolidarsi di un orientamento interpretativo prevalentemente favorevole ad ammettere tale arbitrabilità; «di attualità», perché, da un lato, la questione ha di recente meritato nuova attenzione da parte della nostra giurisprudenza milanese e, dall'altro lato, giacché occorre chiedersi in che misura la recente riforma dell'arbitrato incida sulla materia. Poiché numerosi studi, anche assai recenti, hanno già provveduto a delimitare il perimetro conoscitivo della questione nei suoi termini generali e ad offrire, anche in prospettiva comparata e comunitaria, un completo panorama degli orientamenti interpretativi esistenti (1), mi parrebbe più utile concentrare qui le mie sintetiche riflessioni su due interrogativi di diritto interno: a) se cioè sia sufficiente e corretto – come generalmente avviene – valutare l'arbitrabilità delle controversie antitrust essenzialmente riguardando la questione in relazione alla natura disponibile o indisponibile dei diritti ivi fatti valere o se, viceversa, debbano assumere rilevanza nella valutazione della arbitrabilità o meno delle controversie antitrust anche questioni di natura processuale inerenti al grado di protezione del diritto costituzionale di difesa; b) se, correlativamente, l'arbitrabilità debba potersi ammettere in via generalizzata qualificando come disponibili i diritti pur fondati su norme antitrust inderogabili o se, viceversa, occorra distinguere tra diverse situazioni nelle quali la questione antitrust può variamente porsi nella prospettiva litigiosa e il giudizio arbitrale può diversamente conformarsi.

2. E' innegabile, mi pare, che il clima culturale ormai favorevole, anche da noi, ad un'estensione della cognizione arbitrale alle questioni di diritto antitrust sia – come di sovente avviene – largamente tributario dell'esperienza nordamericana. E'

---

(1) V. in particolare G. CANALE, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it) (accesso del 20.7.2006); L. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Riv. Arb.*, 1999, p. 675; ID., *Arbitrato e diritto della concorrenza: il problema risolto e le questioni aperte*, in *Riv. Arb.*, 2004, p. 9; ID., *Antitrust: A Paradigm of the Relations between Arbitration and Mandatory Rules – a Fresh Look at the Second Look*, in *Int. Arbitration Law Review*, 2004, p. 23.

ben noto che in quel ordinamento è valso «uniformemente e senza esitazioni» (come scriveva il giudice Stevens nella sua opinione dissenziente in *Mitsubishi*, di cui si dirà meglio infra) fino al 1985 il principio che negava l'arbitrabilità delle controversie antitrust, con la sola – peraltro rara (nella pratica) – eccezione che il compromesso arbitrale, espressamente esteso alle questioni antitrust, fosse sottoscritto successivamente all'insorgere della lite (2). Tale orientamento veniva in genere fondato sull'autorità di una assai citata decisione del Secondo Circuito in *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.* (3), la quale aveva ritenuto che le questioni antitrust non potessero essere demandate alla cognizione arbitrale in considerazione: a) dell'importante ruolo affidato – tanto sul piano della politica del diritto quanto su quello della teoria della giustizia – alle parti private nell'applicazione del diritto antitrust; b) del fatto che molti contratti commerciali che generano controversie antitrust sono contratti per adesione; c) della complessità dei temi e dell'ampiezza dell'attività istruttoria richiesta per la soluzione delle controversie antitrust; d) dell'inopportunità di affidare la risoluzione di questioni di tale importanza ad arbitri tratti da, e comunque coesi con, quella «business community» i cui comportamenti concorrenziali sono oggetto di disciplina. A ciò si aggiungeva frequentemente – da altre Corti – l'argomento (rilevante anche nella nostra prospettiva) secondo cui l'arbitrabilità sarebbe esclusa anche dal fatto che la competenza giurisdizionale ad applicare il diritto antitrust spetta in esclusiva – con competenza funzionale – alle corti federali (4), sicché – come scriveva ancora il giudice Stevens nella sua richiamata opinione dissenziente in *Mitsubishi* – «the determination that these cases are too important to be decided otherwise by competent tribunals surely cannot allow private arbitrators to assume a jurisdiction that is denied to courts of the sovereign States». Come si nota, pur evocandosi con chiarezza la rilevanza sul piano della politica del diritto delle norme antitrust, manca nella prospettiva statunitense una specifica enfasi (salvo quanto viene indirettamente argomentato con riguardo al ruolo della private litigation nell'enforcement del diritto antitrust) in ordine alla natura disponibile o indisponibile dei diritti, non essendo dato riscontrare in quel orientamento una previsione del Federal Arbitration Act corrispondente al nostro art. 806 c.p.c. che, come è noto, espressamente escludeva fino alla recente riforma l'arbitrabilità delle questioni «che non possono formare oggetto di transazione» e che oggi esclude l'arbitrabilità «delle controversie che abbiano per oggetto diritti indisponibili». La citatissima decisione della Suprema Corte in *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* (5) – che per prima ammise, nel 1985,

l'arbitrabilità di tali controversie, seppur solo con riguardo alle controversie generate nel contesto del commercio internazionale (6) – non si occupa di conseguenza della natura disponibile o indisponibile dei diritti fatti valere (pur riconoscendo la permanente libertà del cittadino di azionare o non azionare a sua discrezione una pretesa basata sul diritto antitrust o di transigerla senza bisogno di approvazioni del potere esecutivo o giudiziario) (7) ma riconosce l'arbitrabilità delle suddette controversie ritenendo, da un lato, che la competenza arbitrale vada interpretata – come ora prevede anche da noi l'art. 808 quater c.p.c. – in senso estensivo («generously construed»), di modo che, per negare l'arbitrabilità delle controversie antitrust, la volontà delle parti di escludere le stesse dalla cognizione arbitrale deve essere espressa e, dall'altro lato, che per ritenere preclusa la via arbitrale per la definizione delle controversie antitrust occorrerebbe una espressa previsione limitativa nel Federal Arbitration Act. Mancando una tale previsione, conclude la Corte, «we must assume that if Congress intended the substantive protection afforded by a given statute to include protection against waiver of the right to a judicial forum, that intention will be deducible from text of legislative history. Having made the bargain to arbitrate, the party should be held to it unless Congress has evinced an intention to preclude a waiver of judicial remedies for the statutory rights at issue» (8). Benché nel contesto della citata decisione quelle appena ricordate costituiscano le uniche vere rationes decidendi, la Suprema Corte provvedeva, in quel caso, a contestare altresì le ragioni poste a fondamento della American Safety doctrine, non solo affermando che gli arbitri possono spesso offrire maggiore competenza e un procedimento più efficiente, tempestivo ed efficace delle giurie senza che per effetto della loro provenienza dalla «business community» venga necessariamente meno la loro imparzialità di giudizio ma anche negando che la devoluzione in arbitrato delle controversie antitrust finirebbe con il diminuire «l'importanza fondamentale per il capitalismo democratico nordamericano della disciplina antitrust». La Corte, anticipando argomenti che si ritrovano ora anche nella nostra giurisprudenza, là dove essa discute della distinzione tra diritti indisponibili e diritti che si originano da norme imperative, afferma che «the importance of the private damages remedy (...) does not compel the conclusion that it may not be sought outside an American court (...) So long as the prospective litigant may vindicate its statutory cause of action in the arbitral forum, the statute will continue to serve both its remedial and deterrent function». L'ampia portata di questi dicta ha naturalmente consentito alla successiva giurisprudenza di estendere il principio di diritto affermato dalla Suprema Corte

(2) *Cobb v. Lewis*, 488 F.2d 41, 48 (5th Cir. 1974)

(3) 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968).

(4) *University Life Ins. Co. v. Unimarc Ltd.*, 699 F.2d 846, 850-851 (7th Cir. 1983) richiamando l'autorità di *Blumenstock Bros.*, 282 U.S. 436 (1920)

(5) 473 U.S. 614 (1985). Per un tempestivo commento di essa da parte della dottrina italiana, v. P. BERNARDINI, *Stati Uniti: Arbitrabilità di controversie in materia di legislazione antitrust*, in *Rass. Arb.*, 1985, p. 109. Per una analitica discussione del caso e della giurisprudenza precedente e successiva, v. almeno T. BREWER, *The arbitrability of antitrust disputes: freedom to contract for an alternative forum*, in 66 *Antitrust Law Journal* 91 (1997).

(6) «We find it unnecessary to assess the legitimacy of the American Safety doctrine as applied to agreement to arbitrate arising from domestic transactions. As in *Sherck v. Alberto-Culver Co.* we conclude that concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context» (*Mitsubishi*, a p. 629)

(7) Sottolinea questo passaggio argomentativo già P. BERNARDINI, *op.cit.*, p. 117

(8) *Mitsubishi*, a p. 628.

in Mitsubishi anche agli arbitrati domestici (9), potendo in ciò contare, da un lato, sul robusto (e allo stato apparentemente inarrestabile) favor che circonda l'arbitrato in quel ordinamento (e, di conseguenza, sulla correlata vigorosa politica federale di deferenza ai compromessi arbitrali colà riscontrabile) e, dall'altro lato, sul ribadito riconoscimento, da parte della Suprema Corte, che «a statute conferring exclusive federal jurisdiction for a certain class of claims does not necessarily require resolution of those claims in federal courts» (10). Come si vede, le considerazioni sulla cui base la Suprema Corte ha ritenuto l'arbitrabilità delle controversie antitrust hanno natura per così dire «astratta». Non danno alcun credito, da un lato, al rilievo secondo il quale la natura privata o pubblica del giudice può concretamente incidere sul tipo di enforcement che viene dato alle norme; e ciò malgrado l'esperienza insegna che la giuria è tradizionalmente più severa degli arbitri rispetto agli illeciti anti-concorrenziali (11). Non attribuiscono rilievo, dall'altro lato, alla questione del controllo di secondo grado della decisione resa in materia antitrust (12) e dunque al tipo di limite esterno concretamente posto alla discrezionalità valutativa degli arbitri. Non sorprende di conseguenza, a quest'ultimo proposito, che una recente decisione a maggioranza del Settimo Circuito dovuta (non a caso) alla penna del giudice Easterbrook (13) abbia potuto spingere la politica di deferenza nordamericana all'arbitrato (estero) anche in materia antitrust fino al punto di negare la stessa ammissibilità astratta di un successivo controllo del lodo (straniero) con riguardo alla corretta applicazione da parte degli arbitri del diritto antitrust, in tal modo ammettendo, implicitamente, un giudizio in unico grado devoluto a giudici privati. Al giudice infatti – secondo questa recente sentenza – non spetta altro che verificare se gli arbitri hanno dato atto dell'esistenza di una controversia antitrust e l'hanno deci-

sa, nessun rilievo dovendosi invece attribuire al come essa sia stata decisa e al se nella decisione si siano compiuti anche manifeste violazioni di legge o errores in iudicando. Con il che, come è stato correttamente osservato (14), «when the effects spill over into areas of public concerns such as antitrust, it is not just the parties who will suffer the price of a wrong answer».

3. Non dissimile è oggi lo «stato dell'arte» nei principali ordinamenti europei. Basterà così ricordare, in un contesto che, come nel caso nordamericano, è venuto evolvendo dalla non arbitrabilità tout court alla piena (o semiplena) arbitrabilità delle controversie antitrust (15), le recenti decisioni della Corte di Appello di Parigi del 23 marzo 2006 nel caso «SNF c. Cytec Industries» – in cui la Corte, in linea con il proprio precedente orientamento (16), ha confermato l'exequatur accordato a suo tempo ad un lodo internazionale che aveva fatto applicazione dell'art. 81 Trattato dichiarando la nullità di un accordo e disponendo sulle conseguenti misure risarcitorie – e della High Court inglese del 7 novembre 2005 nel caso «ET Plus v. Welters» (17). Quest'ultima decisione si segnala per aver addirittura ritenuto – assai sbrigativamente – che «there is no realistic doubt that such competition or antitrust claims are arbitrable», precisando che la questione non deve dunque porsi, a suo giudizio, in termini astratti, bensì concreti, dovendosi dunque solo verificare se tali controversie ricadono o meno entro la specifica clausola arbitrale in base all'interpretazione che di essa occorre dare nel singolo caso concreto. Non diversa la posizione svedese (18) e quella svizzera, quest'ultima peraltro – come è noto – limitatamente all'arbitrato internazionale (nel caso infatti di arbitrato domestico ciascuna delle parti svizzere può rinunciare all'accordo arbitrale una volta insorta la lite e adire il giudice ordinario) (19). In Germania, se da un lato le controversie in tema antitrust sono sempre apparse arbitrabili, dall'altro lato il § 91 GWB richiedeva – fino alla riforma dell'arbitrato del 1998 (20) – che tutte le clausole compromissorie dovessero prevedere un arbitrato di diritto e che a ciascuna parte spettasse, a pena di nullità, la facoltà alternativa di adire il giudice invece di accettare il procedimento

(9) A partire da *Shearson/American Express Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987), con la quale la Suprema Corte cassò la decisione del Secondo Circuito fondata sul principio che «the reasoning of our decision in *American Safety* was not disputed in Mitsubishi as applied to agreements to arbitrate arising from domestic transactions». Per una diffusa analisi della giurisprudenza successiva a Mitsubishi che ha fatto applicazione del principio colà affermato anche con riguardo agli arbitrati domestici, v. T. BREWER, *The arbitrability of antitrust disputes: freedom to contract for an alternative forum*, cit., p. 100 ss.

(10) *Matsushita Elec. Indus. Co. v. Epstein*, 116 S. Ct. 873 (1996), in specie a p. 883

(11) B. SWAIN, D. GALLIPEAU, *Juror Attitudes in Antitrust Cases*, in *Antitrust*, summer 1994, p. 14; M. KRAVITZ, E. DUNHAM, *Compelling Arbitration*, in *Litigation*, Fall 1996, p. 40 («arbitration clauses have become a crucial element of risk management for many companies – especially large national enterprises that make such attractive targets before juries – because arbitration substantially reduces the chance of a runaway result with a big punitive damage award»). V. anche D. BAKER, M. STABILE, *Arbitration of antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel*, in 48 *Bus. Law.* 395 (1993).

(12) Questione viceversa fatta propria dal Governo degli Stati Uniti nel giudizio avanti alla Corte in Mitsubishi: lo ricorda P. BERNARDINI, *op.cit.*, p. 118

(13) *Baxter Int'l Inc. v. Abbott Laboratories*, 315 F.3d 829 (7th Cir. 2002). Su tale decisione e sulla opinione dissenziente del giudice Cudahy («under the majority' analysis, the rule that unlawful conduct cannot be commanded by arbitrators is consumed by the exception that, if arbitrators themselves say that what they have commanded is not unlawful, then their answer is conclusive»), v. *Baxter v. Abbott*, in 19 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 1119 (2004)

(14) V. la nota a Baxter citata supra, a p. 1125

(15) Per un aggiornato quadro sintetico v. G. CANALE, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, cit., passim.

(16) App. Paris, 19 maggio 1993, in *Rev. Arb.* 1993, p. 645 (caso «Mors c. Labinal»); lo stesso principio è stato pure ribadito da App. Paris, 18 novembre 2004 (caso «Thales Air Defence v. GIE Euromissiles»), sul quale v. la nota di MOURRE, PEDONE, in *Journal du droit international*, 2005, 2, 357

(17) 2005 EWHC 2115 (Comm)

(18) Corte di Appello Svezia Occidentale, 29 dicembre 2003, in caso T-4266/02, «Dirland v. Vikings»

(19) F. CAPORALE, *L'arbitrato e il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*, in *Riv. Dir. Comm. Int.*, 1993, p. 750; G. CANALE, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, cit., p. 8.

(20) Cfr. V. MAGLIO, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania*, in *Contratto e impr. Europa*, 1998, p. 999, in specie a p. 1009.

arbitrale al momento dell'instaurazione del giudizio (21).

4. E' in questa temperie culturale che si collocano talune recenti prese di posizione giurisprudenziali italiane che meritano di essere qui richiamate. La Corte di Appello di Milano ha infatti avuto modo di occuparsi ex professo della arbitrabilità delle controversie antitrust dapprima con sentenza 13 settembre 2002 nel caso «Istituto Biochimico Italiano Lorenzini c. Madaus» (22) e più di recente con sentenza 15 luglio 2006 nel caso «Freyssinet Terra Armata c. Tensacciai». Entrambe le sentenze ammettono l'arbitrabilità e sono dovute al medesimo estensore, il dr. De Ruggiero. Esse tuttavia non sembrano ancora poter indicare l'esistenza di un orientamento del tutto univoco della Corte, dal momento che nella stessa vertenza «Freyssinet c. Tensacciai» il primo giudice investito della richiesta di exequatur del lodo straniero, il Presidente Vicario della Corte, con decreto del 5 ottobre 2005, lo aveva negato, ritenendo che la controversia antitrust non fosse arbitrabile e il lodo violasse comunque l'ordine pubblico, non avendo gli arbitri fatto buon governo delle norme a tutela della concorrenza. La posizione permissiva della Corte di Appello viene argomentata – nel quadro di un contesto dottrinale ormai connotato, anche in Italia, da un forte crescendo a favore della compromettibilità in arbitri di queste controversie e riprendendo gli argomenti che, per l'appunto, larga parte della dottrina svolge a favore della arbitrabilità di tali controversie (23) – adducendosi che «gli artt. 806 c.p.c. e 1966 (vecchio regime) – che sono pur sempre norme d'eccezione al generale principio dell'arbitrabilità – impediscono di compromettere le controversie aventi ad oggetto diritti 'indisponibili', cioè solo quei diritti – di regola, ma non sempre, personali o 'personalissimi' – che sono irrinunciabili, intrasmissibili ed imprescrittibili (e dei quali perciò non si può disporre con transazione o compromesso). Ora – prosegue la Corte – quel che qui importa è che le categorie concettuali dei 'diritti indisponibili' e delle 'norme imperative' non vanno confuse e sovrapposte tra loro, giacché, di certo, non tutte le norme imperative e neppure tutte quelle di 'ordine pubblico' hanno ad oggetto diritti indisponibili, cioè sono siffatte da sottrarre in radice diritti soggettivi alla disponibilità dei privati (dichiarandone l'irrinunciabilità e intrasmissibilità: si pensi al caso del diritto agli alimenti e all'integrità fisica). La massima parte del più ampio genus delle norme imperative agisce, invece, con comandi e divieti pur sempre perentori, ma nel territorio dei di-

(21) Ricordano F. CAPORALE, *L'arbitrato e il diritto antitrust: verso un'estensione della competenza arbitrale*, cit., p. 730 e G. CANALE, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, cit., p. 9 che in Austria questo medesimo sistema vale per le controversie relative a cartelli autorizzati; viceversa l'art. 124 della legge antitrust austriaca considera non compromettibili le liti su cartelli non autorizzati e come tali costituenti condotte illecite.

(22) In *Il Dir. Ind.*, 2003, p. 346 con commento di F. PORTINCASA

(23) V tra i molti C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, p. 267 (e ivi ampi riff.); M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur.comm.*, 1998, I, p. 679; V. FRANCESCHELLI, *Arbitrabilità delle controversie in materia antitrust*, in AA.VV., *Antitrust tra diritto nazionale e comunitario*, Milano, 1996, p. 171; S. BASTIANON, *Arbitrato e diritto della concorrenza*, in *Danno e Resp.*, 1997, p. 340.

ritti disponibili, che restano tali anche quando il loro esercizio sia 'conformato' da una disciplina inderogabile che, per dire di un caso qui pertinente, preveda ad esempio specifiche sanzioni di nullità di atti o fatti illeciti» (24). Fatte queste premesse la Corte perviene ad affermare il principio di diritto secondo cui «l'arbitrabilità delle controversie in esame discende dalla natura e dal contenuto delle norme antitrust. In proposito – soggiunge la Corte, utilizzando un argomento peraltro non del tutto convincente, attesa la ben nota diversa funzione e natura delle norme antitrust (che postulano dei diritti funzione) rispetto a quelle in tema di concorrenza presenti nel codice civile (che postulano dei diritti-facoltà) (25) – già Cass. 21 agosto 1996, n. 7733 (26) – ammettendo la compromettibilità di una questione di nullità, ex art. 2596 c.c., di un patto di limitazione della concorrenza – appare risolvere drasticamente il problema, ricordando che la libertà di concorrenza tra imprese, in quanto garantita dalla Costituzione, attiene alla materia dei diritti 'disponibili' e che tutti i limiti legali posti a questa libertà anzitutto dall'art. 41 della stessa Costituzione (e quindi a maggior ragione dalla nuova normativa antitrust) non mutano la natura di quei diritti ma incidono unicamente e specificamente sulla validità e/o efficacia della fonte che li prevede, sia essa legislativa ovvero espressione dell'autonomia contrattuale. Le norme sostanziali antitrust, in altri termini, sono – conclude la Corte – bensì norme imperative di ordine pubblico economico ma non hanno ad oggetto diritti indisponibili. Così, stipulando un'intesa produttiva o commerciale ovvero ac-

(24) A ciò la Corte aggiunge – con argomento probabilmente più rilevante nel vecchio regime dell'art. 806 che non nel nuovo, che non richiama più le «controversie che non possono formare oggetto di transazione» – che «non si può sostenere che controversie concernenti la nullità di contratti per illiceità non siano compromettibili ex art. 1972 c.c.: questa specifica norma derogatrice si applica, infatti, solo in tema di efficacia preclusiva del negozio transattivo e non è destinata, neppure per implicito rinvio, a regolare l'arbitrato, data la strutturale differenza tra i due istituti. D'altronde, quando sia controversa la validità o la liceità di un accordo contrattuale, il compromesso non ne sana l'eventuale insanabile vizio, ma ne rimette agli arbitri la rilevazione».

(25) Lo segnala correttamente già A. TONI, *La sorte delle intese concluse prima dell'entrata in vigore della l. n. 287/1990 e l'arbitrabilità degli accordi aventi ad oggetto la disciplina della concorrenza*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1997, II, 147, che osserva in particolare come «se si condivide l'idea che alla normativa antitrust debbano essere riconosciuti una funzione e una natura differenti da quelle tipiche della disciplina della concorrenza del codice civile, ben può ritenersi che il diritto alla libertà di concorrenza si configuri come indisponibile nel sistema della legge speciale e disponibile invece in quello del codice».

(26) In *Giust. Civ.*, 1997, p. 1373, con nota di L. FALVELLA, *Validità della clausola compromissoria e compromettibilità in materia di concorrenza*. Prima della Suprema Corte aveva affermato analogo principio della compromettibilità di questioni inerenti ad un patto di non concorrenza App. Bologna, 11 ottobre 1990, in *Riv. Dir. Comm. Int.*, 1993, p. 725 e in *Riv. Arb.*, 1993, p. 77 con nota di A. ROSI, *L'arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza*. Tale sentenza riforma Trib. Bologna, 18 luglio 1987 in *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 1988, 740 che aveva viceversa ritenuto che «non è compromettibile in arbitri la questione relativa alla validità di una clausola di non concorrenza per un periodo di due anni successivi alla risoluzione di un contratto di agenzia perché si verte in una materia nella quale la libertà dei privati è limitata da norme di diritto pubblico e di pubblico interesse». Nel medesimo senso della Suprema Corte, v. poi Trib. Milano, 18 marzo 1999, in *Giur. Ann. Dir. Ind.*, 1999, 1025.



cettando limitazioni alla propria libertà di iniziativa economica – nel contesto del sinallagma contrattuale – un'impresa non dispone di diritti che le siano in sé sottratti, ma può, piuttosto, eventualmente incorrere in divieti posti dalle norme imperative antitrust: allo stesso modo in cui un qualsiasi contratto, avente ad oggetto materie per sé rientranti nella disponibilità delle parti private, può essere affetto, per contrarietà alla legge, da un vizio di nullità poi rilevabile avanti al giudice ordinario non meno che dinanzi agli arbitri. E – soggiunge la Corte – la pattuizione di rimettere la controversia ad arbitri rituali non significa di aver per sé illecitamente pattuito la non applicabilità delle norme antitrust (come di nessun'altra norma imperativa); significa solo che in concreto quell'eventuale nullità potrà essere eccepita dinanzi agli arbitri e non dinanzi ai giudici ordinari». Si deve tuttavia segnalare che – pur in una prospettiva così chiaramente ispirata al massimo favore rispetto alla competenza arbitrale – la Corte di Appello ha enunciato anche due caveat: che cioè a) l'ipotesi dell'arbitrato irrituale merita diversa considerazione, si direbbe, in ragione della sua natura e del fatto che il lodo è sostanzialmente sottratto al controllo del giudice; b) «sulla scorta di un generale principio del nostro ordinamento (art. 1344 c.c.) una clausola compromissoria potrebbe risultare nulla, al pari di qualsiasi altra pattuizione contrattuale, quando costituisca il mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative, tra cui quelle antitrust» (27) Entrambi questi profili – che hanno il pregio di evidenziare come la questione dell'arbitrabilità o meno della controversia antitrust non si esaurisca nella questione qualificatoria in ordine alla natura disponibile o indisponibile dei diritti oggetto di lite – meritano più attento esame.

5. Le precisazioni e i caveat che emergono da una attenta lettura delle decisioni italiane – e che trovano per vero conferma anche nell'atteggiamento di molti ordinamenti stranieri che, pur ammettendo ora l'arbitrabilità delle questioni antitrust in astratto, non mancano di individuare taluni limiti in concreto al pieno e indiscriminato utilizzo di questo istituto – inducono a ritenere che sia oggi probabilmente più fruttuoso domandarsi, anche in una prospettiva interna, non già se le questioni antitrust riguardino diritti di natura tale da poter formare oggetto di compromesso (28) quanto piuttosto se la ormai (prevalentemente) riconosciuta arbitrabilità delle que-

stioni antitrust (29) non debba comunque trovare precisi limiti in concreto con riguardo allo specifico conformarsi del processo arbitrale prescelto dalle parti e ai caratteri della decisione arbitrale che ne deriva. In questa prospettiva mi pare utile soffermarmi almeno su due aspetti che, a diverso titolo, mi sembrano riconducibili al contenuto concreto del diritto costituzionale di difesa.

a) La prima questione attiene alla ben nota (30), e anche di recente ribadita (31), impossibilità per gli arbitri di decidere una controversia antitrust fondata sulla disciplina comunitaria, previo rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato alla Corte di Giustizia. A ben vedere, la questione mantiene rilevanza anche con riguardo agli arbitrati che siano chiamati a dirimere controversie antitrust in base alla disciplina nazionale di cui alla legge n. 287/1990, in considerazione del fatto che l'art. 1, co. 4 di tale legge, come è noto, richiama gli orientamenti applicativi comunitari rendendo di conseguenza rilevante il rinvio pregiudiziale anche al fine dell'interpretazione e dell'applicazione della legge nazionale. La questione naturalmente si pone in quanto, dovendosi ritenere – secondo l'opinione preferibile – che la disciplina antitrust sia una normativa di ordine pubblico e di applicazione necessaria, gli arbitri sono tenuti a darvi applicazione, al pari del giudice, avendo cura di assicurare una piena osservanza di tali regole. Ciò che, a ben vedere, vale quanto dire che – come ora è espressamente previsto per l'arbitrato societario (non a caso anch'esso riferito ad una disciplina generalmente ritenuta imperativa) dall'art. 36 del d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 5 – anche se la clausola compromissoria autorizza gli arbitri a decidere secondo equità, gli arbitri devono decidere le questioni antitrust secondo diritto. Nel fare questo, tuttavia, ad essi manca (a differenza di quanto avviene oggi, in base al nuovo art. 819bis, n. 3 c.p.c., con riguardo alla rimessione di questioni di illegittimità costituzionale) un essenziale elemento di collaborazione con la Corte di Giustizia – disponibile invece al giudice – che in molte circostanze può risultare determinante al fine della decisione del singolo caso concreto. Mi riesce di conseguenza difficile accettare – a differenza di quanto ha incidentalmente (ma senza darne convincente motivazione) ritenuto la Corte di Appello di Milano nella sentenza 15 luglio 2006 (32) – che un procedimento arbitrale che sia ex ante

(27) Precisandosi peraltro ora espressamente riconosciuta dal legislatore, comunque (anche ove si volesse ritenere non disponibili i diritti antitrust), per le questioni aventi carattere pregiudiziale anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, purché esse non siano decise con autorità di cosa giudicata: v. art. 819 e, per i profili inerenti all'impugnazione del lodo sul punto, art. art. 829, co. 4 c.p.c.

(30) Corte di Giustizia, 23 marzo 1982, causa C-102/81, Nordsee, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 357 e Corte di Giustizia, 1 giugno 1999, causa C-126/97, EcoSwiss, in *Raccolta*, I-3055

(31) Corte di Giustizia, 27 gennaio 2005, causa C-125/04, Denuit, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, p. 710 con nota critica di E. RICCI, *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*

(32) In tale sentenza si legge infatti che «non può sostenersi che il deferimento ad arbitri dell'applicazione del diritto della concorrenza pone problemi di insanabile violazione del diritto di difesa poiché rende impossibile il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia o il ricorso consultivo alla Commissione, quasi che queste due speciali facoltative e strumentali procedure (peraltro praticabili nella successiva fase giudiziaria) costituiscano essenziali ed irrinunciabili presidi del diritto di difesa». Nella medesima vertenza, sembra invece assai più attento al valore

(27) Precisandosi peraltro che di ciò occorre dare specifica prova in concreto e non già in astratto, prospettando una prognosi infausta sull'efficacia dell'eventuale lodo arbitrale.

(28) O se la competenza esclusiva della Corte d'Appello ai sensi dell'art. 33 sia da ritenersi tale da non ammettere la devoluzione arbitrale: alle considerazioni svolte, in contrario, dalla giurisprudenza nordamericana rispetto all'analoga questione della competenza federale, nonché dalla dottrina (v. tra gli altri V. CARBONE, *Rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario*, in *Contr. e impresa*, 1994, p. 1159 e V. FRANCESCHELLI, *Arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust*, cit., p.184) si aggiunge oggi il fatto – che mi parrebbe determinante – che il testo unico della proprietà industriale (d.lgs. n. 30/2005) all'art. 134 prevede, al co. 2, che «negli arbitrati sulle materie di cui al comma 1, si applicano le norme degli articoli 35 e 36 del titolo V del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5», con ciò consentendo espressamente la devoluzione in arbitrato di controversie, anche antitrust, altrimenti assegnate alla competenza funzionale delle sezioni specializzate.

potenzialmente monco di una siffatta fondamentale salvaguardia di difesa rispetto alla corretta applicazione del diritto antitrust possa dirsi procedibile. Il presupposto del riconoscimento dell'arbitrato come metodo alternativo di soluzione della controversia rispetto alla competenza del giudice statale risiede, come si è visto, sul presupposto che ex ante arbitro e giudice devono potersi dire nella medesima posizione per poter assicurare la corretta applicazione delle norme imperative di ordine pubblico antitrust (33). Ove ciò non accada, ciascuna parte è privata di un fondamentale diritto di difesa, con la conseguenza che il lodo dovrebbe ritenersi nullo ogni qual volta nel corso del procedimento sia stata avanzata anche la semplice richiesta di rinvio pregiudiziale da una parte (a prescindere dalla fondatezza nel merito della stessa), giacché tale richiesta di per sé esprime la volontà di esercitare in concreto quello specifico e fondamentale diritto di difesa che è tuttavia precluso al procedimento. Né si dica che alla carenza del procedimento arbitrale sul punto può utilmente sopperire il giudice dell'*exequatur* (in caso di lodi stranieri) o il giudice dell'impugnazione effettuando esso stesso il rinvio pregiudiziale: da un lato, infatti, il diritto di difesa costituzionalmente garantito va integralmente riconosciuto anche nel giudizio arbitrale e non può certamente dirsi surrogato da un diritto posticipato ed eventuale, rimesso all'esercizio in un «grado» procedimentale – per di più eventuale – diverso; dall'altro lato, come si dirà meglio infra, il controllo in concreto effettuato dal giudice rispetto al lodo, specie straniero, non realizza il riesame nel merito della controversia e in genere non effettua neppure alcuna valutazione circa la correttezza o meno dell'applicazione delle norme antitrust effettuata dagli arbitri, di talché, salvo errore, non consta che si sia mai avuto, neppure in sede di successivo controllo del lodo, alcun rinvio pregiudiziale. Tutto ciò, peraltro, non vale, a mio

del rimedio del rinvio pregiudiziale il Tribunale federale svizzero, sentenza 8 marzo 2006, là dove si esclude che il giudice svizzero possa controllare come il diritto comunitario antitrust è stato applicato dagli arbitri perché «s'il était tenu de vérifier la manière dont un tribunal arbitral a appliqué le droit communautaire, le Tribunal fédéral ne pourrait pas s'assurer de l'interprétation correcte de ce droit en saisissant la Cour de justice. Il courrait dès lors le risque de rendre en ce domaine des arrêts qui s'écarteraient de la jurisprudence de la Cour de justice, ce qui serait source d'incertitude et porterait une atteinte certaine à l'autorité de la juridiction suprême du pays»

(33) Il principio per cui una clausola arbitrale – in linea di principio valida – non può tuttavia avere applicazione ove essa implichi la rinuncia a rilevanti diritti (sia processuali che sostanziali) è stato enunciato ad esempio da una celebre decisione del Nono Circuito in *Graham Oil Co. v. ARCO Products Co.*, 43 F.3d 1244 (9th Cir. 1995): «First, the arbitration clause expressly forfeits Graham Oil's statutorily mandated right to recover exemplary damages from Arco if Graham Oil prevails on certain claims. Second, the arbitration clause expressly forfeits Graham Oil's statutorily mandated right to recover reasonable attorney's fees from Arco if Graham Oil prevails on certain claims. The clause provides that each party will bear its attorney's fees. Third, the arbitration clause expressly forfeits Graham Oil's statutorily mandated right to a one year statute of limitations on its claims. The clause reduces the time in which a claim can be brought from one year to 90 days, or in some cases 6 months. Each of the three statutory rights is important to the effectuation of the Petroleum Marketing Practices Act's policies. Because the arbitration clause employed by Arco compels Graham Oil to surrender important statutorily-mandated rights afforded to franchisees by PMPA, we hold that the clause contravenes the Act and is unenforceable».

avviso, ad escludere tout court l'arbitrabilità di queste controversie, ma impone – mi pare – che la clausola arbitrale, per poter assicurare la procedibilità dell'arbitrato antitrust, debba espressamente prevedere che ove, su istanza di parte o d'ufficio, gli arbitri ritengano necessaria l'assistenza giudiziaria della Corte di Giustizia al fine della decisione della controversia, gli arbitri possano dichiarare non procedibile l'arbitrato con gli effetti ora previsti, ad esempio e seppur in tutt'altro contesto, dall'art. 816septies (ma non dissimile è pure l'effetto che si determina in base all'art. 816quater, ultimo co. per il caso – tutt'altro che infrequente nelle liti antitrust fondate su contratti di serie di cui solo alcuni rechino la clausola arbitrale – del litisconsorzio necessario): con la conseguenza cioè che «le parti non sono più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale» e possono di conseguenza adire il giudice statale (34). Questa soluzione potrebbe del resto risultare altresì applicabile con riguardo alla collaborazione tra giudici nazionali e Commissione prevista dal regolamento n. 1/2003 ove non dovessero trovare conferma applicativa gli orientamenti (35) che ritengono legittimati anche gli arbitri ad avvalersi delle prerogative del regolamento.

b) La seconda questione inerente al diritto di difesa negli arbitrati antitrust attiene all'impugnabilità e dunque al controllo del giudice della corretta applicazione delle norme imperative di ordine pubblico dettata dalla disciplina antitrust nazionale o comunitaria. Mentre infatti, al fine di argomentare l'arbitrabilità delle controversie antitrust, si afferma, in astratto, che le norme antitrust sono cogenti e di ordine pubblico economico e devono essere necessariamente applicate dall'arbitro al pari che dal giudice, si omette in genere di approfondire, in concreto, quale garanzia effettiva di applicazione necessaria di tali norme offra l'arbitrato in relazione all'effettivo potere di controllo demandato al giudice dell'impugnazione o dell'*exequatur*. Eppure, la stessa Corte di Appello di Milano, nella ricordata sentenza «Madaus» era stata esplicita nel riconoscere che, là dove manca un effettivo controllo del giudice – come nel caso dell'arbitrato irrituale – l'arbitrabilità delle controversie antitrust andrebbe esclusa. Due esempi illustrano come la situazione in proposito possa porsi in modo assai significativamente differenziato, richiedendo di conseguenza diverse soluzioni applicative. Da un lato, vi è – mi pare – il caso di un arbitrato domestico rituale di diritto rispetto al cui lodo sia disponibile, in Italia, l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della contro-

(34) Clausole di «dismissal without prejudice» della competenza arbitrale sono del resto tutt'altro che infrequenti nella prassi commerciale internazionale: v. ad esempio T.J. BREWER, *The arbitrability of antitrust disputes: freedom to contract for an alternative forum*, cit., p. 124.

(35) Cfr. C. NISSER, G. BLANKE, *Reflections on the Role of the European Commission as Amicus Curiae in International Arbitration Proceedings*, in 2006 E.C.L.R. 174; W. ABDELGAWAD, *L'arbitrage international et le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 CE*, in *Rev. Arb.*, 2004, p. 253; C. BAUDENBACHER, I. HIGGINS, *Decentralization of EC Competition Law enforcement and Arbitration*, 8 Colum. J. Eur. L. 1. A.P. KOMNINOS, *Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement*, in 24 *World Competition* 211 (2001). Già in passato L. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, cit., p. 676.. La nuova norma dell'art. 816-ter, ult. co., c.p.c. potrebbe forse offrire un ulteriore sostegno a questa tesi.



versia ai sensi dell'art. 829 e rispetto al quale, cioè, la clausola arbitrare espressamente disponga tale impugnabilità (36) devolvendo al giudice dell'impugnazione ogni questione in merito agli errori in iudicando. In questo caso mi pare indubbio che ricorra una effettiva garanzia circa la corretta applicazione della normativa antitrust dagli arbitri o, in caso di omessa o errata applicazione da parte di costoro, da parte della Corte di Appello. Dall'altro lato, vi è il caso di un arbitrato straniero – come tuttavia è tipico delle relazioni del commercio internazionale, che sono frequentemente quelle per le quali l'applicazione del diritto antitrust riveste maggiore importanza, anche sul piano dell'effettiva protezione del benessere collettivo – in cui il lodo sia stato reso in ordinamenti che limitano assai il controllo del giudice in sede di impugnazione o per il quale la clausola arbitrare o il regolamento arbitrare (ove si tratti di arbitrato amministrato) preveda la inimpugnabilità (e dunque limiti il diritto d'azione avanti al giudice dell'impugnazione alla sola violazione delle norme di ordine pubblico economico internazionali). In questi casi l'esperienza illustra in modo piuttosto univoco che: i) il giudice dell'impugnazione, in giurisdizioni importanti nel contesto degli arbitrati internazionali, come ad es. in Svizzera, non entra nel merito del come la normativa antitrust sia stata applicata, ritenendo tout court di non poter riscontrare un vizio di contrarietà con l'ordine pubblico internazionale per il caso di violazione della normativa antitrust (37); ii) il giudice dell'exequatur, a sua volta, malgrado le precisazioni date dalla Corte di Giustizia nel caso *Eco Swiss* (38), ritiene in genere di dover assicurare la libera circolazione delle decisioni arbi-

(36) Per vero, a rigore, anche ove una tale previsione mancasse, la conformità del lodo alle regole antitrust dovrebbe potersi effettuare, in sede di impugnazione ai sensi dell'art. 829 c.p.c., in considerazione della natura di ordine pubblico economico (riconosciuta dalla stessa Corte di Giustizia nel caso *Eco Swiss*, su cui *ampius* alla nota 38) della disciplina in questione (sicché troverebbe applicazione l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 829 a stregua del quale «è ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico»). V. ad es. F. LUISSO, *L'impugnazione del lodo di equità*, in *www.judicium.it*, in specie a p. 8 in cui si precisa come vada ritenuta la contrarietà all'ordine pubblico di un lodo ogni qual volta esso determini un risultato vietato dalle norme inderogabili, facendosi il caso di un lodo che condanni all'adempimento di un contratto che contrasta con la normativa sulla concorrenza ovvero riconosca il risarcimento del danno per inadempimento ad un contratto contrario alla normativa sulla concorrenza (anche una volta che il contratto sia cessato). Resta tuttavia da chiedersi se possano proporsi in un simile caso, limitazioni al perimetro del controllo idonee a confinare lo stesso, anche in questo contesto, ad un controllo di conformità meramente esterno e limitato al solo dispositivo come avviene nel caso del controllo ai fini dell'exequatur dei lodi stranieri. Se così fosse, diverrebbe arbitraria l'assimilazione di questa forma di controllo rispetto a quella prevista per il caso in cui la clausola arbitrare disponga espressamente l'impugnabilità per violazione delle regole di diritto relative al merito. Sul punto v. infra, la discussione nel testo circa l'impugnabilità dei lodi esteri.

(37) Trib. svizzero, 8 marzo 2006, caso *Tensacciai c. Freyssinet Terra Armata*.

(38) Corte di Giustizia, 1 giugno 1999, causa C-126/97, cit. supra alla nota 30, in cui la Corte, proprio con riguardo al tema del riconoscimento di lodi esteri e all'applicazione della Convenzione di New York ha espressamente affermato che la disposizione dell'art. 81 Trattato deve considerarsi di ordine pubblico ai fini della convenzione. La Corte, tuttavia, al § 35 ha precisato altresì che «le esigenze di efficacia del procedimento arbitrare giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrari rivesta carattere limitato che un lodo arbitrare possa essere dichiara-

trali mediante un controllo «meramente esterno» di compatibilità della decisione (spesso, per di più, riguardata solo nella sua parte dispositiva e non nella motivazione) (39) con l'ordine pubblico e di non poter quindi sindacare – anche senza riesame di merito, ma sul piano della mera legittimità – l'applicazione (anche se manifestamente errata) del diritto antitrust fatta dagli arbitri (40), ritenendo – come nel ricordato caso *Baxter v. Abbott* – di poter controllare solo se la questione antitrust sia stata decisa, ma non già come lo sia stato e se ciò sia avvenuto dando corretta applicazione alle regole di diritto applicabili. Ciò in quanto, nello spirito convenzionale, si postula che sia il giudice della sede dell'arbitrato ad effettuare, per così dire «a monte» rispetto al successivo controllo del giudice dell'exequatur, il controllo di conformità del lodo quantomeno rispetto ai principi fondamentali di ordine pubblico. Ove ciò tuttavia concretamente non accada – e non accada già *programmaticamente* come è nel caso di devoluzioni di controversie antitrust ad arbitri internazionali che pronuncino ad es. in Svizzera ovvero in altri paesi che, in base ai consolidati orientamenti colà seguiti in tema di impugnazione del lodo per nullità, già ex ante escludono in concreto il controllo in sede di impugnazione rispetto alla questione del come sia stato applicato il diritto antitrust – la decisione arbitrare è nella sostanza già ex ante sottratta al controllo del giudice di verifica dell'applicazione delle norme cogenti di ordine pubblico di natura antitrust. Perché infatti si possa credibilmente riconoscere che permane un controllo del giudice sull'operato degli arbitri è necessario che il giudice abbia il potere non già solo di effettuare un mero controllo esterno di verifica se la normativa antitrust è stata evocata in motivazione, ma di valutare come essa è stata concretamente applicata, beninteso rispetto agli accertamenti di fatto compiuti dagli arbitri (e sempre che tali accertamenti siano stati congrui) (41).

to nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in caso eccezionali». Ancora più restrittiva, con riguardo all'exequatur di sentenze straniere in base alla Convenzione di Bruxelles Corte di Giustizia, 11 maggio 2000, causa C-38/98, nel caso «*Renault/Maxicar II*» (in specie § 29).

(39) V. ad es. Cass., 8 aprile 2004, n. 6947; App. Milano, 4 dicembre 1992, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. Proc.*, 1994, p. 873.

(40) Nella stessa linea, oltre al caso statunitense *Baxter v. Abbot* ricordato nel testo, v. nel Regno Unito Court of Appeal, Civil Division, 12 maggio 1999, *Westacre Investments Inc. v. Jugoinport-SDPR Holding*, (1999) 2 Lloyd's Rep 65; in Francia da ultimo App. Paris, 18 novembre 2004, *Euromisiles*, cit. Per più ampie considerazioni e ampi riferimenti circa il quadro comparato degli orientamenti giurisprudenziali in tema di controllo di conformità del lodo all'ordine pubblico in sede di exequatur, T. TAMPIERI, *Poteri del giudice nazionale, compatibilità con l'ordine pubblico e divieto di riesame del merito nel riconoscimento di lodi arbitrari stranieri*, in *Riv. Arb.*, 2005, p. 657.

(41) Una tale valutazione non è poi sufficiente che sia affermata astrattamente ma poi non realmente condotta, come sembra essere il caso da ultimo deciso da App. Milano, 15 luglio 2006 cit., in cui la Corte ha considerato – ai fini della valutazione se il lodo violasse o meno l'ordine pubblico – se la denunciata intesa (e il lodo che la negava) produceva effetti di *foreclosure* rispetto a terzi ma ha clamorosamente omissso di considerare come essa – a vendo finalità di price fixing – avesse (prima ancora) per oggetto o per effetto di uniformare i comportamenti di prezzo delle parti coinvolte, costituenti il primo e il secondo operatore in un mercato oligopolistico.



Mi sembra dunque saggio il rilievo del giudice Cudahy nella sua opinione dissenziente in *Baxter v. Abbott* secondo cui un'eccessiva deferenza alle decisioni arbitrali determina un cortocircuito del controllo tale da rendere gli arbitri esclusivi giudici del proprio operato anche con riguardo all'applicazione di norme cogenti, con notevole pericolo per l'interesse generale:

«under the majority' analysis, the rule that unlawful conduct cannot be commanded by arbitrators is consumed by the exception that, if arbitrators themselves say that what they have commanded is not unlawful, then their answer is conclusive (...) While Mitsubishi and its progeny make clear that the choice of arbitral forum is to be respected, they do not confer on the arbitrators a prerogative to pre-emptively review their own decisions and receive deference on that review in subsequent judicial evaluations. The majority is way off-base when it says that Baxter seeks merely to have us disregard the panel's decisions and 'throw the result in the waste basket'. Instead we are performing exactly the traditional function of judicial review properly assigned only to us»

Ed infatti:

«It is, of course, not the interests of the parties themselves that are primarily at stake in the outcome of this arbitration. Instead the interest of the consuming public is at stake. (...) When public rights are at stake, there is good reason to be more reluctant to defer totally to the arbitrators, since they are acting as delegates of the private parties, not the consuming public. Too deferential an attitude by the courts when the rights of the consuming public are at stake can severely undermine the foundations of our economy»

Tutto ciò, peraltro, non vale, a mio avviso, ad escludere tout court l'ammissibilità del ricorso ad arbitrato internazionale per dare soluzione a controversie antitrust, ma impone – mi pare – che, pur a fronte di una clausola compromissoria o di un compromesso arbitrale di tal natura, la procedibilità dell'arbitrato possa ammettersi solo ove l'ordinamento in cui ha sede l'arbitrato prevede, in concreto, un controllo effettivo del giudice – in sede di impugnazione – per il caso di omessa o errata applicazione delle norme antitrust ovvero (ove ciò non accada) le parti espressamente e validamente subordinino il lodo a tale controllo (con una clausola per così dire uguale e contraria rispetto a quelle, usuali, di esclusione dell'impugnabilità del lodo). Diversamente, anche qui, le parti dovrebbero ritenersi non più vincolate alla convenzione di arbitrato con riguardo alla controversia che ha dato origine al procedimento arbitrale e legittimate di conseguenza adire il giudice statale e la stessa arbitrabilità della controversia dovrebbe ritenersi esclusa (anche ai fini dell'exequatur), vuoi applicando l'insegnamento della Suprema Corte statunitense nel caso *Mitsubishi* secondo cui ove la scelta del foro competente, in unione con la clausola relativa alla legge applicabile, avesse lo scopo di sottrarre ad una parte il diritto di perseguire i rimedi offerti dalla legge americana in caso di violazione del diritto antitrust statunitense «we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy» (42) vuoi applicando l'analogo orien-

(42) Lo ricorda P. BERNARDINI, *Stati Uniti: arbitrabilità di controversie in materia di legi-*

tamento – fatto proprio dalla Corte di Appello di Milano nel caso «Madaus» (43) – secondo cui «sulla scorta di un generale principio del nostro ordinamento (art. 1344 c.c.) una clausola compromissoria potrebbe risultare nulla, al pari di qualsiasi altra previsione contrattuale, quando costituisca il mezzo per eludere l'applicazione di norme imperative. E, tra le altre, quelle antitrust».

6. Le considerazioni finora svolte mi pare evidenzino come, pur riconosciuta in astratto l'arbitrabilità delle controversie antitrust, un ruolo non di poco conto al fine di assicurare la procedibilità dell'arbitrato e il buon esito del procedimento dipenda da come è redatta la clausola compromissoria e da come viene concretamente gestito l'arbitrato. Non a caso la letteratura nordamericana è estremamente attenta nell'evidenziare analiticamente le specificità redazionali di clausole compromissorie o compromessi in arbitri destinati ad operare rispetto a controversie antitrust (44) – anche con riguardo ai problemi, assai ricorrenti nel caso dei contratti in serie, di controversia multi-parte ovvero con riguardo ai mezzi di prova concretamente disponibili nel procedimento arbitrale – e l'American Arbitration Association ha, fin dal 1993, introdotto, con il c.d. «Large Complex Case Program», un arbitrato amministrato «su misura» per liti complesse come quelle antitrust (45).

In effetti, la delicatezza e l'importanza della materia al pari delle complessità procedurali che in genere connotano, anche sul piano istruttorio, i giudizi civili antitrust inducono a ritenere che le controversie antitrust presentino caratteristiche tali da rendere probabilmente auspicabile che di esse ci si occupi principalmente nel quadro di arbitrati amministrati, se del caso promossi anche da camere arbitrali specializzate, i quali cioè offrano da un lato un ristretto e selezionatissimo gruppo di arbitri dotati di riconosciuta indipendenza dall'industria e specifica competenza e comprovata esperienza in materia antitrust e, dall'altro lato, si fondino su regolamenti arbitrali completi, i quali integrino le norme di procedura ordinarie con le numerose previsioni specifiche che, come si è in parte evidenziato, la materia richiede (anche quanto alla tutela effettiva del diritto di difesa e all'impugnabilità del lodo). L'esistenza, poi, di una struttura organizzativa permanente (quale offrirebbe una Camera Arbitrale) dovrebbe consentire un più agevole e frequente coordinamento degli arbitri con la Commissione nonché, anche nel quadro dei poteri riconosciuti agli arbitri oggi dall'art. 816, con le Autorità garanti, la pubblica amministrazione nonché, per l'effettuazione delle necessarie consulenze tecniche, altri enti pubblici o privati.

7. L'opportunità della costituzione di una simile camera arbitrale specializzata mi pare del resto vieppiù confermata, oggi, dall'emergere e rapido diffondersi di un

slazione antitrust, cit., a p. 116

(43) Ma senza darne applicazione concreta.

(44) V. ad esempio D. BAKER, M. STABILE, *Arbitration of antitrust Claims: Opportunities and Hazards for Corporate Counsel*, cit., passim e T.J. BREWER, *The arbitrability of antitrust disputes: freedom to contract for an alternative forum*, cit., p. 114 ss.

(45) AAA, *Supplementary procedures for large, complex, cases*, marzo 1993

nuovo tipo di arbitrato in materia antitrust, di tipo per così dire «provvedimentale». Si tratta di un meccanismo arbitrale stabile che viene istituito, su richiesta della Commissione o su iniziativa di parte, nel quadro delle condizioni di autorizzazione di un concentrazione al fine di dirimere tutte le controversie con i terzi che vantino diritti lesi dall'operazione autorizzata o comunque vantino pretese derivanti dall'operazione (46). La clausola arbitrale ha qui natura di offerta pubblica di arbitrato e si sostanzia in una clausola arbitrale aperta all'adesione di un numero indeterminato di soggetti, i quali vi aderiscono semplicemente promuovendo il giudizio arbitrale. In tal modo l'introduzione del giudizio opera da comportamento conclusivo per la conclusione vincolante del patto arbitrale (47). Come si vede, le nuove frontiere della giustizia arbitrale antitrust lasciano pochi dubbi circa la necessità che – anche al fine di garantire al meglio la qualità dei lodi in materia – la risposta professionale debba essere non estemporanea ma possibilmente seriamente e rigorosamente strutturata.

---

(46) Cfr. almeno L. IDOT, *Une innovation surprenante: l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations*, in *Rev. Arb.*, 2000, p. 591 e l'interessante lavoro monografico di M. BLESSING, *Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues*, Zurigo, 2003, passim (ove ampi riferimenti ai casi concreti); di recente, G. BLANKE, *International Arbitration in EC Merger Control: a «Supranational» Lesson to Be Learnt*, in 2006 *E.C.L.R.* 324.

(47) G. CANALE, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, cit., p. 11 (ivi ulteriori riferimenti).