

CAPITOLO TREDICESIMO

LA TUTELA APPRESTATA DAL GIUDICE ORDINARIO IN MATERIA ANTITRUST

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il quadro dei rimedi proponibili avverso l'illecito nazionale *antitrust* e la competenza della corte d'appello. - 3. (*Segue*). Il rapporto tra inibitoria di merito e inibitoria cautelare nell'art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287: dal dibattito giurisprudenziale e dottrinale alle novità della l. 14 maggio 2005, n. 80. - 4. L'accertamento dell'Autorità garante e l'istruttoria dinanzi al giudice ordinario. - 5. L'azione risarcitoria del consumatore.

1. Introduzione.

Il quadro delle tutele civili avverso l'illecito *antitrust* appare, oggi ancor più che in passato, particolarmente articolato e complesso.

Non solo, infatti, la tutela prevista nei confronti di atti e comportamenti contrari al diritto *antitrust*, nazionale e comunitario, si suddivide tra corte d'appello, secondo quanto previsto dall'art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (che, in presenza di violazioni della normativa nazionale, attribuisce alla competenza *ratione materiae* della Corte i giudizi di nullità e risarcimento del danno, nonché i ricorsi volti ad ottenere provvedimenti d'urgenza), e giudice competente secondo i criteri generali¹, che applica il diritto comunitario della con-

¹ In assenza di una previsione espressa circa la competenza del giudice cui sono devolute le controversie fondate su violazioni delle regole di concorrenza comunitarie, la competenza non può che discendere dai criteri ordinari (cfr. T. Milano, 5 dicembre 2005, *Dir. ind.*, 2006, 471). T. Roma, 22 febbraio 2003, *Giur. ann. dir. ind.*, 2004, 398; nel senso che la corte d'appello è competente a decidere quando l'attore abbia manifestato in modo univoco e chiaro la propria volontà di agire per la tutela della concorrenza all'interno del mercato nazionale,

correnza nell'ambito delle controversie tra privati, in base a quanto dispone il Reg. CE 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato (ora artt. 101 e 102 TFUE).

Non solo, per quanto concerne l'illecito a dimensione nazionale (quello comunitario ponendo problemi diversi, in larga parte risolti dall'art. 16 Reg. n. 1/2003²), non è stato del tutto sciolto il nodo circa la necessità o meno di un coordinamento col procedimento *antitrust* e con le statuizioni del giudice amministrativo, alla cui giurisdizione "esclusiva" sono attribuiti i ricorsi (ma non la materia, trattandosi comunque, nonostante la qualificazione in termini di giurisdizione esclusiva, di «una giurisdizione che agisce quale istanza di ricorso»³) avverso i provvedimenti adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. In questo caso, i dubbi si sono proposti di fronte al rilievo che, da un lato, l'accertamento dell'anticoncorrenzialità del comportamento non appare riservato all'Autorità garante (se non secondo una tesi autorevole, ma rimasta tuttavia minoritaria⁴); dall'al-

tra non rilevando che, in subordine, sia stata prospettata la rilevanza anche comunitaria della condotta denunciata. A. Milano, 23 luglio 2005, *Dir. comm. int.*, 2006, 201, con nota di C. SCUOLI, *Quale giudice a tutela della concorrenza? Riflessioni sul riparto di competenza tra il tribunale e la corte di appello, alla luce della «modernizzazione» del diritto della concorrenza*. Sull'applicazione del diritto *antitrust* comunitario da parte dei giudici nazionali, v. di ultimo, RAFFAELLI, *L'applicazione del diritto antitrust comunitario tra giudici nazionali e commissione*, *Riv. dir. priv.*, 2008, 645 ss.; MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli artt. 81 e 82: il ruolo dei giudici nazionali, in Poteri e garanzie nel diritto antitrust: l'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, a cura di Bruzzone, Bologna, 2008, 223 ss.

² Su cui si rinvia a ADINOLFI, DANIELE, NASCIMBENE e AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza - Commentario del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007; SCUFFI, *I riflessi ordinamentali ed organizzativi del regolamento comunitario n. 1/2003 sulla concorrenza*, *Corr. giur.*, 2004, 171-173; *Il regolamento Ce n. 1/2003: verso la devoluzione di competenze in materia di concorrenza dalla commissione europea alle autorità garanti ed ai giudici nazionali*, *Dir. com. scand. internaz.*, 2004, 315. In giurisprudenza, per una recente fattispecie, v. le decisioni di segno opposto di A. Milano, 4 novembre 2009, *Foro it.*, 2009, I, 3497 ss. e A. Milano, 24 febbraio 2010, *ivi*, 1298 ss., entrambe con nota di PARDOLESI e GIANNACCARL.

³ C. St., sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 550, *Foro amm.*, C. St., 2007, 3204. La previsione dell'art. 33 è oggi riprodotta, senza sostanziali mutamenti, negli artt. 115 e 135, d.lg. 2 luglio 2010, n. 204, dove si attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla competenza inderogabile del T.A.R. Lazio, *inter alia*, «le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato». In argomento, v. SOGACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, 488; *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 192.

⁴ Secondo ORPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, *Giur. comm.*, 1998, I, 649 ss., senza sostanziali mutamenti, negli artt. 115 e 135, d.lg. 2 luglio 2010, n. 204, dove si attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e alla competenza inderogabile del T.A.R. Lazio, *inter alia*, «le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato». In argomento, v. SOGACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2010, 488; *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 192.

tra, che quando l'Autorità si sia già pronunciata in proposito⁵, e, soprattutto, quando il provvedimento venga impugnato dinanzi al T.A.R. Lazio, non è chiaro se occorra raccordare in qualche modo l'azione amministrativa e la tutela giurisdizionale civile (attraverso il meccanismo della sospensione ex art. 295 c.p.c., oppure in via di disapplicazione del provvedimento da parte della corte d'appello⁶), o se, invece, il giudizio civile segua un binario del tutto autonomo rispetto a quello della decisione amministrativa.

Ma la complessità del sistema va ben oltre le questioni che si sono riordinate. Altri interrogativi si pongono dinanzi alle ipotesi in cui l'illecito *antitrust*, tanto nazionale quanto comunitario, afferisca all'esercizio di diritti di proprietà industriale, e a quelle, contemplate nell'art. 140 bis, d.lg. 5 settembre 2005, n. 206, c.d. Codice del consumo, come riscritto dalla c.d. legge sviluppo, del 23 luglio 2009, n. 99, che ha introdotto l'azione di classificazione, ovvero l'azione che i singoli consumatori ed utenti, da soli o anche tramite associazioni cui diano mandato o comitati cui partecipino, possono proporre per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, a tutela dei «diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante ai consumatori e agli utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali». In ipotesi entrambe, quelle ricordate, per le quali sono state previste particolari competenze, e che il legislatore, in un caso, ha ritenuto di devolvere alla cognizione delle sezioni specializzate di cui al d.lg. 27 giugno 2003, n. 168, come vuole l'art. 134, d.lg. 10 febbraio 2005, n. 30⁷; nell'altro, ha attribuito

l'impugnativa presupposto dell'esercizio del secondo⁸ e negando che la corte d'appello possa considerare nullo o illecito il comportamento se la previsione generale della legge non sia stata integrata e "attualizzata" dalla verifica da parte dell'Autorità della concreta lesione degli interessi tutelati (della "utilità sociale"). Secondo ORPO, *op. cit.*, 96, «il giudice adito in difetto di questo presupposto potrebbe - al più - investire l'Autorità che non si fosse già pronunciata e che potesse ancora pronunciarsi, non sostituendosi ad essa nell'esercizio del suo potere di "amministrazione indipendente"».

In una direzione analoga, v. anche DE MINICO, *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, *Jus*, 1996, 375 ss.

⁵ Così, secondo LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, *Giur. comm.*, 1998, I, 649 ss., qualora l'Autorità si sia già pronunciata e i fatti che ha posto alla base della propria decisione coincidano con quelli posti a fondamento della propria domanda da chi agisce in sede civile, la qualificazione della fattispecie data dall'Autorità deve considerarsi in linea di principio vincolante in sede di giudizio.

⁶ Per un'ampia disamina del tema, v. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, spec. Cap. I, III, IV, ivi anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁷ In argomento v. SCUFFI, *sub art. 33, in Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di Catricalà e Troiano, con la collaborazione di Lacava e Stella, Torino, 2010, 1399 ss.

alla competenza del tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, accentrando, per alcune regioni, la competenza presso determinati tribunali (Torino, per la Valle d'Aosta, Venezia per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia, Roma, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise, Napoli, per la Basilicata e la Calabria).

Insomma, un quadro composito, sul quale la riflessione sulle novità può essere soltanto avviata. E ciò, mentre già era tutt'altro che semplice, per l'interprete e l'operatore, orientarsi in un sistema, quello dell'art. 33, 2° co. l. n. 287/1990, che, per aver costruito un giudizio in unico grado dinanzi alla corte d'appello, riportando ad esso, anziché l'intera materia della concorrenza, alcune delle azioni proponibili avverso l'illecito *antitrust*, indicava *nominatim*, aveva prodotto un inestricabile intreccio tra problemi di tutela e attribuzioni di competenza⁸. Intreccio, che aveva richiesto sforzi notevoli di ricomposizione del sistema, alla ricerca di una qualche coerenza nell'assetto complessivo dei rimedi costruito dal legislatore.

Le direttrici del complesso delle tutele dinanzi al giudice ordinario appaiono snodarsi così lungo le seguenti questioni.

Innanzitutto, se la corte d'appello abbia una competenza ampia ed esclusiva circa le azioni proponibili a fronte dell'illecito concorrenziale attività inibitorie, di merito e cautelari, che non sono ricomprese nel novero dei rimedi dell'art. 33, e se abbia ancora competenza a fronte delle azioni dei consumatori, tenuto conto, oltre che degli sviluppi della giurisprudenza della Cassazione in proposito, del disposto del già ricordato art. 140 bis c. cons.

Poi, quale sia il rapporto tra gli accertamenti dell'autorità indipendente, e l'istruttoria dinanzi all'organo giurisdizionale, nel caso di giudizi *ex follow on* (ovvero di giudizi che, a differenza di quelli c.d. *stand-alone* che vengono incardinati in assenza di un previo accertamento dell'illecito ad opera dell'Autorità, sia essa nazionale o comunitaria, si fondano su una violazione delle regole *antitrust* già accertata con un provvedimento definitivo, che costituisce il presupposto logico-giuridico dell'azione civile).

Ancora, se e come si raccordino tra loro le diverse reazioni in via giudiziale che l'ordinamento consente dinanzi all'illecito concorrenziale, a seconda dei soggetti che propongono l'azione relativa e della sede nella quale l'azione viene proposta.

⁸ Su cui, si v. il mio *Tutela specifica e per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, 179 ss.

Infine, in quali forme si strutturano oggi il processo quando l'illecito provoca un pregiudizio a danno di un'intera categoria di soggetti, e si apra così la possibilità di un'azione di classe.

2. Il quadro dei rimedi proponibili avverso l'illecito nazionale antitrust e la competenza della corte d'appello.

Iniziando dalla prima questione – tradizionale per il nostro diritto processuale della concorrenza, ma non per questo approdata a soluzioni interamente condivise tra gli interpreti –, si è già ricordato che l'art. 33, l. n. 287/1990, ha attribuito alla corte d'appello, individuata secondo criteri territoriali, la competenza a decidere in unico grado sulle azioni di declaratoria di nullità e di condanna al risarcimento del danno, promosse a tutela delle posizioni lese da comportamenti anticoncorrenziali. Inoltre, con la previsione di una competenza concernente «i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV» della legge, alla Corte sono stati riconosciuti poteri cautelari dagli incerti confini: per alcuni di carattere generale e per altri, invece, necessariamente volti ad assicurare gli effetti dei due soli tipi di azione esperibili nel giudizio di merito.

Per quanto concerne la competenza di merito, la norma è strutturata in maniera inconsueta, poiché, come si è detto, non ha riguardo alla materia, ma individua espressamente, guardando al *petitum*, i tipi di azione demandati al giudice ordinario (il rimedio invalidante e quello risarcitorio), e tace degli altri: con tutta l'enfasi che il silenzio normativo finisce per porre, com'è avvenuto in questo caso, sulla sorte di quel che non sia stato esplicitamente ricordato.

Di conseguenza, all'apparire della disciplina in questione si è posto un primo inevitabile quesito, cui subito ne ha fatto seguito un altro, che con quello si è intrecciato, non senza confusioni.

Innanzitutto, se il legislatore del '90 avesse inteso escludere, dal novero delle azioni ammissibili nel c.d. *private enforcement*, quelle che non ha riconosciuto espressamente al giudice ordinario nell'art. 33⁹ – prima fra tutte,

⁹ Nel senso dell'assoluta tassatività dell'elenco delle azioni di cognizione contenuto nella disposizione in questione, VALDINA, *Prime osservazioni sulla tutela cautelare antitrust*, Foro it., 1993, I, 3380; MELI, *Risarcimento del danno e inibitoria per violazione di norme antitrust*, Nuova giur. civ. comm., I, 763; RISTORI, *La competenza speciale della Corte d'appello nella legge antitrust*, Riv. it. dir. pen., 1998, 414.

Sul secondo quesito – dopo un dibattito acuitosi a seguito delle numerose azioni promosse in diverse sedi dai consumatori, sulla scorta del provvedimento con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva sanzionato, nel 2000, le imprese assicuratrici per aver dato vita ad un'intesa restrittiva consistente nello scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili, potenzialmente producendo l'aumentato dei premi co-

¹¹ In questo senso, ALESSI e OLIVIERI, *La disciplina della concorrenza e del mercato*, Torino, 1991, 171; PIERI, *La legge antitrust* (l. 10 ottobre 1990 n. 287) ed il diritto comunitario della concorrenza. *Problemi di giurisdizione e competenza*, *Dir. com.*, 1991, 337; LEROUX, *Il ruolo del giudice*, cit., 662; A. GENOVESE, *Questioni processuali in materia antitrust*, *dir. comm.*, 2000, II, 42 ss.

¹⁴ Il tema, con riferimento al rimedio risarcitorio, è affrontato diffusamente in *IL LETTO, Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996. In proposito, v., inoltre, A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno antitrust*, Napoli, 2005.

Sulla legittimazione alle azioni di risarcimento del danno, v. infine Ostri, *Conferenza*, in *Tratt. contr.*, diretto da Roppo, Milano, 2006, 710 ss.

La Corte ha statuito che l'azione risarcitoria proposta da chiunque la controparte contrattuale abbia partecipato ad un'intesa restrittiva della concorrenza, spetta alla cognizione della corte d'appello competente per territorio. Per arrivare a questa conclusione, da un lato la Corte, pur ribadendo la diversità di ambito e di funzione tra la tutela codicistica della concorrenza sleale e quella della legge *antitrust*, ha superato l'orientamento affermato nel 2002¹⁷, secondo cui la disciplina *antitrust* sarebbe la legge degli imprenditori soltanto, chiarendo invece che essa è « la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter legare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere ». Dall'altro, ha riconosciuto la competenza in unico grado della corte d'appello sul presupposto che « a qualificare la domanda è a determinare la competenza (...) è la richiesta di accertamento di una intesa », nella specie di « dichiararla nulla quale presupposto della domanda di eliminarne gli effetti anche attraverso l'eliminazione del sovrapprezzo » pagato alla controparte contrattuale per effetto della pratica vietata.

¹⁵ AGCM, 28 luglio 2000, n. 8546. *Giust. civ.*, 2000, I, 3355.

¹⁶ Cass., S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207; *Danno resp.*, 2005, 495, con nota di INZITARI e GIBONATTI; *Giur. it.*, 2005, 967, e 1675, con nota di CANALE; *Eur. dir. priv.*, 2005, 435, con nota di CASTRONOVO; *Corr. giur.*, 2005, 333, con mia nota e A. NEGRI, e 1093, con nota di GIBONATTI; *Corr. giur.*, 2005, 120 ss., con nota di A. GENOVESE.

¹⁷ Con la pronuncia della sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, *Corr. giur.*, 2003, 339, con la pronuncia della sez. I, 10 dicembre 2002, n. 17476, *Corr. giur.*, 2003, 339, con la pronuncia di Nasti, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una definizione difficile*, e *ibid.*, 747, con nota di NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust* (già per la tutela del consumatore (la Cassazione non dilagua i dubbi nella vicenda RCaul-Imbeldi, inoltre in *Foro it.*, 2003, I, 1121 ss., con commento di PALMIERI, *Interesse restrittivo della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomenti extravagantes per un illecito inconsistente*, e di SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*). A quella pronuncia avvenuta seguito l'ordinanza Cass., sez. III, 17 ottobre 2003, n. 15538, *Foro it.*, 2003, I, 2938 (che ha anche in *Foro it.*, 2004, I, 466 ss., con commenti di PAROLESI, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibnitz a Sansone?*; FERRO-LUZZI jr., *Prolegomeni in tema di mercato anticoncorrenziale e aurea aquilas (ovvero delle convergenze parallele)*); e GUZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*; nonché *dir. conc.*, 2003, 330 ss., con commenti di VETTORI, *Consumatori e mercato*, AZZARO, *Interesse restrittivo della concorrenza e (contratti in danno del consumatore, e MAUGERI. Sulla tutela del consumatore per condotta anticoncorrenziale*); e *ibid.*, 331 ss., con commento di VETTORI, *La tutela del consumatore per condotta anticoncorrenziale*). Sulla questione degli atti al primo presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite della questione si ordina al se la controversia risarcitoria promossa dal consumatore appartenesse o meno alla competenza in unico grado della corte d'appello.

Si ha così il superamento¹⁸ della tesi che nega la configurabilità nella legge *antitrust* di un diritto soggettivo in testa ai consumatori finali, traducibile nell'azione di nullità o di risarcimento, e perciò rinviene nell'azione risarcitoria del consumatore i caratteri di un'ordinaria azione di responsabilità soggetta perciò ai normali criteri di competenza. E al tempo stesso si ha il riconoscimento del principio per cui, a qualificare la domanda e a determinare la competenza, è la richiesta di accertamento dell'esistenza di un'intesa vietata, non solo ove l'accertamento sia chiesto in una con la pronuncia di nullità, ma anche qualora esso operi come presupposto della domanda di eliminazione dell'effetto pregiudizievole, da riparare attraverso il risarcimento.

Sembra ormai pertanto, alla luce degli approdi cui è giunta la giurisprudenza, che i destinatari della tutela civile *antitrust* debbano individuarsi, in modo ampio, ben oltre i soli imprenditori concorrenti. Se il raggio della protezione si è allargato fino a comprendere i consumatori, non vi dovrebbero essere difficoltà, oggi, ad estendere la tutela, tra i soggetti coinvolti all'impresa autrice dell'illecito, a qualunque altra impresa, operante ai livelli diversi della scala produttiva o distributiva, che, agendo sul mercato, sia passibile di lesione ad opera del comportamento anticoncorrenziale¹⁹, o dei lavoratori della prima²⁰, e questo mantenendo salda, al tempo stesso, la distinzione tra le finalità che portano a differenziare ciò cui mira il *public* e il *private enforcement*, ovvero la tutela del mercato in quanto tale, come assetto idoneo a consentire la migliore allocazione delle risorse, e la protezione di chi versi in un rapporto qualificato col responsabile della pratica anticoncorrenziale.

¹⁸ Dopo la pronuncia delle Sezioni Unite, può considerarsi diritto vivente il principio per cui la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione prevista dall'art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287, dev'essere riconosciuta non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato che abbiano interesse alla conservazione del suo carattere competitivo, non tanto quando venga promossa azione risarcitoria, tanto quando sia introdotta l'azione di nullità ex art. 2035 c.c. (Cass., sez. I, 28 ottobre 2005, n. 21081, *Giust. civ.*, 2006, II, 215). Cass., sez. I, 26 agosto 2005, n. 17398; Cass., sez. I, 13 luglio 2005, n. 14716, entrambe *Giust. comm.*, 2006, II, 253; Cass., sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *Foro it.*, 2007, I, 1097; Cass., sez. III, 26 aprile 2010, n. 9972, inedita; Cass., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 993, inedita.

¹⁹ In questo senso TOFFOLETTO, *op. cit.*, 141.
²⁰ Per l'individuazione, sulla scia della dottrina tedesca, nei lavoratori e nei consumatori, oltre che nei concorrenti, dei soggetti che possono essere colpiti dall'illecito *antitrust* (mentre rivestono una posizione del tutto eccentrica coloro che intrattengono rapporti economici con la vittima dell'illecito, oppure creditori della società e soci estranei al gruppo nel caso di violazione del divieto di concentrazione), v. NIVAZZA, *op. cit.*, 1453.

²¹ Sul grado di autonomia che corre tra la tutela del mercato in quanto tale e la protezione della libertà di scelta di chi sul mercato si trova ad operare, v. DESOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; LIBERTINI, *Antitrust privato e concorrenza nel diritto italiano*, *Riv. dir. comm.*, 2002, 433 ss.

Con ciò, non emerge ancora del tutto chiaramente, dal dibattito, se ciò significhi che le norme sulla concorrenza possano ormai considerarsi esse stesse la fonte, sul piano sostanziale, delle posizioni di marca strettamente individuali, cui fa riferimento la Cassazione nella pronuncia del 2005, parlando di un diritto – in questo caso del consumatore – alla libertà decisionale e di scelta negli scambi²². Certo è che oggi appare difficile sostenere che chi invochi il pregiudizio arrecato da una pratica anticoncorrenziale, per fondare su di esso un'azione di risarcimento, non ricada nella disciplina processuale dell'art. 33, l. n. 287/1990 (fatte salve le ipotesi in cui, come accennato, il legislatore abbia contemplato una ulteriore norma speciale, che porti a incardinare il giudizio risarcitorio in forme diverse da quelle della legge *antitrust*²³), anche se il diritto che assuma leso trovi la propria fonte in altre norme di diritto sostanziale.

L'interrogativo rimesso al diritto sostanziale della concorrenza – con riferimento al quale, al di là delle preferenze espresse da ciascuno, è irraggiungibile che la sentenza della Cassazione più volte ricordata abbia offerto un contributo fondamentale – è dunque se, fermo che la distorsione del mercato è fenomeno in grado, sul piano fattuale, di colpire soggetti diversi dalle imprese concorrenti che non partecipano all'intesa restrittiva, alle imprese contraenti che, in ragione dell'intesa, siano costrette a negoziare a condizioni deteriori di quelle di mercato, ai lavoratori, ai consumatori, ciò significhi anche che la disciplina *antitrust*, che si esprime essenzialmente in chiave di divieti, consenta di selezionare in capo a quei soggetti interessi che assurgono alla consistenza del diritto soggettivo, oppure si limiti a connotare d'ingiustizia (perché *non iure*, nell'accezione dell'art. 2043 c.c.), il danno arrecato ad un interesse altrimenti rilevante per l'ordinamento.

Allo studioso del diritto processuale compete il passaggio successivo, ovvero stabilire, tenendo conto della fattispecie invocata a fondamento dell'azione e del diritto fatto valere, quando soccorrono i rimedi del diritto della concorrenza, e se tra questi possano annoverarsi anche i rimedi non previsti espressamente dalla legge *antitrust*.

²² Sul rilievo per cui la disciplina della concorrenza garantirebbe, a fianco della «confezione della decisione», protetta dalla disciplina della pubblicità, il «potere di scelta» individuale, v. già IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 74.

La Cassazione, tornando sul tema con la pronuncia della sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, *cit.*, ha espressamente riconosciuto la possibilità di ricavare dalla legge *antitrust* un interesse giuridicamente rilevante alla libertà contrattuale, «che si concretizza nel diritto a godere dei benefici della competizione commerciale, costituenti la colonna portante del meccanismo negoziale e della legge della domanda e dell'offerta».

²³ Il riferimento è alle ipotesi in cui l'illecito *antitrust*, tanto nazionale quanto comunitario, afferisca all'esercizio di diritti di proprietà industriale, e a quelle, contemplate nell'art. 140 bis c. cons.

Vediamo allora quali sono le forme di tutela ammesse dal diritto di questione, e quali spazi vi sono per un'estensione delle azioni esplicitamente previste dal legislatore.

Ricordiamo brevemente quali sono gli approdi del dibattito sulla mancata previsione, nell'art. 33, di provvedimenti inibitori definitivi da richiedersi alla corte d'appello, e sull'incongruenza del silenzio del legislatore in un settore in cui, tradizionalmente, campeggia il rimedio dell'azione in cessazione (così è, infatti, nel sistema codicistico della concorrenza, in cui gli artt. 2599 ss. c.c. com'è noto contemplano, oltre all'azione di risarcimento del danno a seguito di accertamento di atti di concorrenza sleale, l'azione volta ad impedire la continuazione di questi ultimi, aprendo la legittimazione addirittura alle associazioni professionali e agli enti di categoria). Silenziosamente avrebbe potuto essere agevolmente colmato in via interpretativa, stante la possibilità di far leva sul principio di atipicità dell'azione per ampliare il novero degli strumenti di tutela, se alla «breccia [aperta dal legislatore] nell'impostazione originaria del disegno di legge governativo che pretendeva di confinare l'intera disciplina ai soli provvedimenti dell'Autorità»²⁴ all'idea che, perciò, l'art. 33 fosse norma di stretta interpretazione, non si fosse accompagnata anche la convinzione dell'impossibilità di estendere il *private enforcement* in materia *antitrust* oltre quanto espressamente previsto dall'unica norma processuale della disciplina in questione.

Così, alla tradizionale resistenza di coloro che, su un piano più generale, negano l'atipicità del rimedio inibitorio, ritenendolo non applicabile a tutela di ogni situazione se svincolato da condizioni specifiche o da norme di legge, si è aggiunta la difficoltà di concepire un'azione che avrebbe dovuto innestarsi in un apparato di rimedi attribuiti ad una competenza di natura eccezionale, quale quella in unico grado della corte d'appello. L'orientamento prevalente, soprattutto giurisprudenziale²⁵ (la dottrina con ora diremo, è apparsa più possibilista), ha finito per essere quello di rinviare diniego all'ampliamento delle forme di tutela espressamente previste dalla norma, e perciò una limitazione delle azioni esperibili ai giudizi risarcitori e di nullità dell'intesa, in rigorosa aderenza al tenore letterale dell'art. 33 con l'unica estensione possibile ravvisata nell'accertamento dell'illicità di comportamenti diversi dagli accordi di natura negoziale che siano suscettibili della declaratoria di nullità²⁶. Le aperture interpretative nella direttiva

²⁴ G. Rossi, *Antitrust e teoria della giustizia*, Riv. soc., 1995, 1 ss., 7, n. 16.

²⁵ V., da ultimo, A. Milano, 16 luglio 2008, *Foro it.*, 2009, I, 904 ss., e *Dir. ind.*, 2009, 459 ss., con nota di FLOREDA, *Natura e funzione della tutela giurisdizionale antitrust*.

²⁶ In questo senso, T. Roma, 11 ottobre 1993, *Rass. dir. farm.*, 1994, 43 ss.

contraria sono poche, e tutte coraggiosamente costruite sulla necessità di individuare un unico giudice per ogni problema di protezione giurisdizionale di diritti inerenti alla materia *antitrust*, lasciando poi che il contenuto dei rimedi esperibili dinanzi all'organo prescelto, stante la natura esemplificativa e non tassativa dell'elenco delle azioni proponibili dinanzi ad esso, sia determinato secondo le regole generali dell'ordinamento²⁷.

Per l'orientamento restrittivo, la mancanza di un rimedio preventivo non è avvertita necessariamente come un limite alla tutela avverso l'illicito concorrenziale, perché vi si scorge un correttivo nella previsione, all'art. 15 della legge del '90, di una inibitoria finale²⁸ (ed oggi, con l'introduzione dell'art. 14 bis, anche cautelare²⁹) attribuita all'Autorità garante. E ciò malgrado innegabilmente, al di là dell'eventuale convergenza dei risultati, non siano possibili sovrapposizioni tra i rimedi, atteso che le misure adottate dall'Autorità sono dirette alla «repressione di una condotta commerciale nell'interesse pubblico della tutela della concorrenza, e non già a tutela dell'interesse particolare [di chi sia lesa dall'illicito concorrenziale]: la tutela di quest'ultimo, che ha consistenza di diritto soggettivo, è invece riservata secondo i principi generali al giudice ordinario»³⁰.

Si accennava alle aperture, emerse in dottrina, ed espressive della tensione esistente tra la necessità, avvertita da tutti, che non si costringa la parte ad attendere il verificarsi del danno per poter agire, e le improprie-

²⁷ Così, ad es., A. Firenze, ord. 3 novembre 2003, *Ambiente S.c.r.l. c. A.R.P.A.T.*, inedita, nella quale la Corte, pronunciandosi sull'ammissibilità della domanda rivolta all'adozione di un provvedimento cautelare a contenuto inibitorio, fa mostra di ritenere possibile, in linea con l'orientamento della dottrina più qualificata, un allargamento della propria competenza a ciò che concerne i rimedi a carattere definitivo, sul presupposto della natura meramente semplificativa dell'elenco delle azioni contenuto nell'art. 33, l. n. 287/1990.

²⁸ Secondo A. Torino, 7 agosto 2001, *Dir. ind.*, 2002, 261, l'attribuzione all'autorità garante di poteri di proibizione, il cui sindacato giurisdizionale è riservato al T.A.R. Lazio, renderebbe impossibile attribuire alla corte d'appello il rimedio inibitorio, per l'interferenza di questo con l'operato dell'Autorità.

²⁹ Sulla modifica apportata alla l. *antitrust* dal c.d. decreto Bersani (d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 luglio 2006, n. 223), con l'introduzione dell'art. 14 bis, v. ARNAUDO, *Le misure cautelari nel diritto antitrust comunitario e nazionale*, Riv. it. dir. proc. civ., 2006, 633 ss.; LACAVA, *Misure cautelari, decisioni con impegni, programmi di clemenza: la prima attuazione del diritto antitrust italiano*, Giorn. dir. amm., 2007, 673 ss.

³⁰ Così, escludendo ogni possibile confusione di ruoli tra Garante e Autorità giudiziaria ordinaria, A. Milano, decr. 8 ottobre 1994, e ord. 11 novembre 1994, *Foro it.*, 1995, I, 1325. Viceversa, secondo la già citata A. Milano, 16 luglio 2008, «l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è l'unico soggetto deputato al mantenimento o ristabilimento delle condizioni di mercato competitive, anche attraverso l'emanazione di ordini precettivi interdittivi, mentre all'ago compete la tutela ex post di situazioni giuridiche lese da comportamenti anticoncorrenziali».

tà nella previsione della competenza giurisdizionale dell'autorità giudiziaria ordinaria, che rendono difficile anche solo individuare la sede corretta nella quale promuovere l'azione in cessazione del comportamento illecito, pur quando essa venga ritenuta ammissibile.

Quelle aperture solo talvolta arrivano a superare la premessa di tassatività dell'elenco delle azioni indicate nell'art. 33, l. n. 287/1990³¹, ammettendo un potere generale di inibitoria definitiva, argomentato anche³² dal rilievo secondo cui, diversamente ritenendo, la norma rischierebbe censure di incostituzionalità ex art. 24 Cost., limitando ingiustificatamente lo spazio per una piena tutela dei diritti soggettivi. Più spesso, esse finiscono per ricominciare nelle pieghe dello strumento risarcitorio le basi su cui fondare la pronuncia inibitoria³³, pur riconoscendo la difficoltà di avvicinare un rimedio preventivo, qual è quello inibitorio, ad uno successivo, qual è quello che mira all'eliminazione degli effetti dannosi di una violazione ormai perpetrata.

L'ostacolo rappresentato dal rilievo per cui, per come è concepito l'art. 33, il ricorso al brocardo *lex minus dixit quam voluit* non può operare come se si trattasse soltanto di assolvere il legislatore da un'imprescindibile proprietà di redazione testuale, quando occorre invece arrivare a sostenere che tutte le cause nascenti da violazioni della legge *antitrust* debbono portarsi all'esame della corte d'appello³⁴, obbliga l'interprete a supportare

³¹ V. gli Autori citati alla nt. 11.

³² Ma non solo: così, per es., l'opinione di LIBERTINI, *Il ruolo del giudice*, cit., 663 ss. (che necessariamente si riallaccia a quanto sostenuto dall'Autore in ordine al problema più generale della c.d. inibitoria atipica), è nel senso di ammettere l'inibitoria definitiva considerandola mezzo al fine della eliminazione di una causa permanente di danno ingiusto in atto (e perciò riportandola nell'alveo del risarcimento in forma specifica, e dunque di una forma di tutela repressiva, anziché preventiva), col correttivo, rappresentato dalla necessità di evitare una sovrapposizione di poteri tra Autorità giudiziaria e Autorità garante sul presupposto che quest'ultima sia «unica Autorità competente in ordine alla valutazione tecnico-discrezionale del comportamento anticoncorrenziale denunciato, e quindi sulla portata e sui termini dell'inibitoria finale a contenuto generale, prevista dall'art. 15 legge n. 287/1990». La tesi di Libertini è, pertanto, che il giudice ordinario possa sempre pronunciare un'inibitoria definitiva, purché l'Autorità garante non abbia già dato la propria valutazione del comportamento anticoncorrenziale denunciato (eventualmente dando autorizzazione o emettendo un'attestazione negativa), nel qual caso la corte d'appello potrà emettere soltanto una sentenza di mero accertamento.

³³ SCUFFI, *Il giudizio di merito antitrust ed il processo di concorrenza sleale*, in TAVASSI e SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, 286 ss., spec. 289-290.

³⁴ Così LA CHINA, *op. cit.*, 652 ss., spec. 655. Analogamente, A. Milano, 16 luglio 2008, cit., secondo cui non basta invocare una qualsivoglia esigenza di effettività della tutela giurisdizionale per dimostrare l'ammissibilità di un'azione diretta ad ottenere un provvedimento - inibitoria definitiva di un illecito *antitrust* - che non è contemplato da alcuna norma dell'ordinamento.

Ad avviso della corte, l'inibitoria non può essere recuperata tra i rimedi esperibili dinanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria neppure attraverso l'applicazione analogica

quel risultato, certamente imposto dal principio di effettività della tutela giurisdizionale, attraverso percorsi convergenti, che giustificano un ragionamento in chiave di interpretazione adeguatrice, senza necessità della declaratoria di illegittimità costituzionale, sempre difficile da ottenere in materia tradizionalmente riservata alla discrezionalità del legislatore ordinario.

Per dilatare il più possibile, già a livello di interpretazione della norma, il livello di protezione giurisdizionale offerto alle situazioni soggettive suscettibili di essere lese da pratiche restrittive, al tempo stesso cercando di estendere i confini della speciale competenza attribuita alla corte d'appello, occorre perciò certamente ribadire la valenza che l'art. 24 Cost., e l'applicazione del diritto d'azione, rivestono anche nella materia che ci occupa. Così come è opportuno anche ricordare che l'inibitoria degli atti di concorrenza sleale ex art. 2599 c.c. è rimedio caratteristico di tutta la disciplina della concorrenza, utilizzabile perciò (in via diretta o analogica) anche nel diverso ma limitrofo settore dell'illecito *antitrust*³⁵, quantomeno se invocato nei rapporti tra imprenditori concorrenti; e che l'inibitoria è misura tipica anche delle dinamiche che vedono la regolazione del mercato dall'opposta prospettiva del consumatore, a presidio del diritto di questi alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti concernenti beni e servizi (così già l'al. 30 luglio 1998, n. 281, recante la «Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti», ed oggi il Codice del consumo).

Ma, detto questo, forse occorre anche cercare di mettere in campo qualche altro argomento, per fornire una giustificazione ulteriore ad un'estensione che non è soltanto di azioni esperibili, ma anche di regole di competenza (troppo complicata essendo immaginare, altrimenti, che l'azione inibitoria, pur recuperata tra le pieghe dell'ordinamento, finisca per ricadere nella disciplina ordinaria della competenza, abbandonando alla corte d'appello le altre azioni, promuovibili dai medesimi soggetti, cui pure si accompagna).

Se la strada è quella di accostare il più possibile il rimedio che il legislatore ha dimenticato di contemplare a quelli espressamente previsti, questo tentativo può essere compiuto, per conservare la necessaria concretezza del ragionamento, sulla scorta degli spunti forniti dalla giurisprudenza. E così, con uno sforzo di fantasia non eccessivo, si può cercare di scorgere, nella particolare natura attribuita dalla Cassazione al rimedio della nul-

lità dell'art. 2599 c.c., stante la ritenuta carenza di *eadem ratio* sul piano delle situazioni sostanziali e le innegabili differenze di scopi e di presupposti tra repressione della concorrenza sleale e disciplina *antitrust*.

³⁵ È la soluzione offerta da NIVARBA, *op. cit.*, 1463, riprendendo un'indicazione di Casarelli.

lità nella materia *antitrust* (natura particolare, che balenava tra le pieghe di una pronuncia del 1999 e che è echeggiata in quella del 2005, a Sezione Unite, in precedenza ricordata), una vicinanza tra questa forma di tutela specifica, di natura invalidante, all'altro strumento di tutela specifica consistente, appunto, nella misura inibitoria.

Limitandoci a poche battute in proposito, rinviando ad altra sede³⁶ l'approfondimento che la questione merita, si può in questa prospettiva sottolineare che, quando si afferma che l'azione di nullità ha la funzione di colpire non il negozio giuridico in quanto tale (se non nei limiti in cui occorra «togliere l'efficacia di legge tra le parti che il negozio possiede per sua natura»), ma, piuttosto, l'ostacolo al gioco della concorrenza realizzato dalla complessiva situazione di fatto che determinerebbe il ripetersi infuocato degli eventi dannosi, in realtà si riconosce all'azione d'invalidità, nel particolare contesto dell'illiceito concorrenziale (stante la sua natura non necessariamente negoziale), una funzione non dissimile da quella del medio inibitorio a carattere definitivo.

L'uno, come l'altra, contiene un accertamento dell'illiceità della condotta precedentemente posta in essere, da cui si ricava necessariamente anche l'accertamento dell'obbligo di non compiere ulteriori atti lesivi (anzi, per taluno³⁷ – ma la posizione è destinata ad essere superata oggi dall'introduzione dell'art. 614 bis c.p.c. – in ciò si esaurirebbe la stessa misura inibitoria e non nella condanna a tenere un comportamento modellato sull'obbligo violato, stante la difficoltà di qualificare sentenza di condanna la pronuncia che abbia ad oggetto l'adempimento di obblighi non suscettibili di esecuzione forzata)³⁸. E sebbene la nullità abbia anche, com'è ovvio, un'indiscutibile funzione repressiva, ancor più visibile laddove alla dichiarazione

³⁶ Per una disamina più approfondita del ruolo dell'inibitoria nella legge *antitrust*, che qui può essere soltanto accennato, v. *si vis*, il mio *Tutela specifica e per equivalente*, cit., sub Capitolo 37. Così, *ATTARDI, Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, 100-101, per il quale «... le volte una disposizione parla, anche implicitamente, di condanna in casi in cui l'esecuzione forzata della sentenza non sia consentita, la si deve interpretare come riferentesi sempre e solo all'accertamento mero del diritto fatto valere dall'attore».

³⁷ A ben vedere, ciò che caratterizza l'ordine inibitorio, e ne costituisce la specificità funzionale aggiuntiva rispetto all'accertamento, è – come rileva Consolo, *Spiegazioni al progetto di riforma del processo civile*, I, Torino, 2010, 159 (che pur ne ricava una, a mio parere non vincente, funzione innovativa analoga a quella delle sentenze costitutive) – soprattutto l'efficacia determinativa dell'obbligo generico violato, nel senso che dopo la specificazione giudiziale delle condotte concrete da evitare, «l'azione del soggetto che viola il precetto generico tenendo proprio il comportamento giudizialmente inibito concreta una violazione maggiormente rea e quindi più dannosa, tale anche (all'atto pratico probabilmente giustificata da una liquidazione dei danni più intensa di quella che si sarebbe avuta prima dell'emissione dell'inibitoria».

di inefficacia del negozio già eseguito debba accompagnarsi la necessaria misura restitutoria, sembra indubbio che ad ambedue i rimedi, nella disciplina della concorrenza, venga riconosciuta quella funzione preventiva cui allude la Corte Suprema nell'attribuire all'impugnativa negoziale, quando e ben vedere il negozio non vi sia, il ruolo di azione intesa a far cessare la situazione illecita già in atto.

È una circostanza, questa, da non sottovalutare nel tentativo di raggiungere quel risultato, di cui si diceva, di una sistemazione ragionevole dell'assetto dei rimedi avverso l'illiceito *antitrust*, perché consente un accostamento tra nullità ed inibitoria (praticamente fungibili, se si segue la direttrice interpretativa fornita dalla Corte, nella finalità di colpire, con funzione preventiva, l'illiceito concorrenziale, a seconda che questo si sia prodotto o meno in atti di tipo negoziale) che non solo rafforza l'idea di invocare l'art. 24 Cost. o l'analoga, per colmare le lacune di un diritto *antitrust* che ha dimenticato di prevedere proprio l'inibitoria, rimedio tipico della disciplina della concorrenza; ma giustifica anche, per quel che più conta ai fini della razionalità del sistema, ad esito del procedimento analogico, la possibilità di un'attrazione del rimedio non previsto nella sfera della competenza della corte d'appello.

Si avrebbe così, a chiusura del cerchio, l'opportunità di sostenere, con tutti gli argomenti che è possibile mettere in campo, che con la l. n. 287/1990 alla Corte è stato demandato, in realtà, seppur con una norma mal scritta, l'intero apparato sanzionatorio, composto da accertamento, inibitoria, ed eliminazione degli effetti della condotta censurata, che è ben noto agli studiosi del diritto della concorrenza: un apparato che il legislatore del '90 ha confusamente cercato di riprodurre, tralasciando il rimedio che, se si guarda all'esperienza giudiziaria in materia, nelle cause introdotte in presenza di condizioni d'urgenza, è quello che più spesso viene invocato, come misura che consente di evitare il prodursi del danno che l'azione risarcitoria mira a riparare.

3. (Segue). Il rapporto tra inibitoria di merito e inibitoria cautelare nell'art. 33, l. 10 ottobre 1990, n. 287: dal dibattito giurisprudenziale e dottrinale alle novità della l. 14 maggio 2005, n. 80.

L'accento compiuto da ultimo, all'esigenza che la misura di tutela preventiva sia ottenibile già in funzione cautelare, per prevenire un danno che non sarebbe compiutamente risarcibile per equivalente, se da un lato allarga l'indagine all'ulteriore questione, posta dall'art. 33 l. *antitrust*, della

ammissibilità o meno di un'inibitoria provvisoria come *peritum* « dei ricorsi » intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alle violazioni delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV », attribuiti alla competenza della corte d'appello, dall'altro consente di sdrammatizzare il problema affrontato nel paragrafo che precede, alla luce delle novità introdotte, in materia cautelare (e segnatamente con riguardo ai provvedimenti ex art. 700 c.p.c.) dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, di riforma del processo civile.

Sotto il primo profilo, è noto che, per quanto l'art. 33 non impedisca al riconoscere alla Corte una competenza cautelare generale, con conseguente ammissibilità di qualsiasi provvedimento provvisorio che sia idoneo alla tutela urgente dell'interesse dell'attore, gli interpreti non escludono una diversa interpretazione, limitata ai soli provvedimenti ex art. 700 c.p.c. (con esclusione perciò dei sequestri conservativi) e, tra le misure così ottenibili in via atipica, ai soli provvedimenti volti all'assicurazione cautelare degli esiti delle azioni di nullità e di risarcimento del danno. Con esclusione, pertanto, dell'inibitoria provvisoria che sia chiesta per anticipare gli effetti dell'analoga misura finale, stante la necessaria coincidenza tra giudice della cautela e giudice del merito che si ricava dagli artt. 669 *ter* e *quater* c.p.c. e l'esigenza, perciò, che la competenza cautelare soggiaccia anch'essa ai limiti ravvisati per la cognizione ordinaria della corte d'appello. Vi è anche chi ragiona al contrario, ritenendo che, attraverso il riconoscimento di un generale potere cautelare, potrebbero ampliarsi i poteri di nullità della Corte, stando alla lettera della legge, appare godere quando è giudice del merito: ma questa posizione dev'essere resistita, dovendosi ritagliare la tela cautelare su quella di merito, e non viceversa.

Nonostante sia passato quasi un ventennio dall'approvazione della disciplina *antitrust*, la questione dei limiti del potere cautelare attribuito al giudice ordinario dall'art. 33, 2° co., l. n. 287/1990, ha continuato ad affannare la nostra giurisprudenza. L'ampiezza della competenza cautelare è stata delineata con accenti diversi, ma la tendenza principale, almeno tra i giudici del capitale³⁹, è ritenere che la corte d'appello non possa emettere provvedimenti

³⁹ Così A. Roma, 20 gennaio 1993, in TAVASSI e SCUFFI, *op. cit.*, 518 ss.; A. Roma, 20 agosto 1993, *ivi*, 525 ss.; A. Roma, 21 dicembre 1993, *ivi*, 529 ss., spec. 532. A. Roma, 1 aprile 1994, *ivi*, 598.

Si allineano sulla tesi che riconosce natura eccezionale alla competenza per il provvedimento d'urgenza attribuita alla corte d'appello, corrispondente alla materia riservata alla cognizione giudiziaria di merito della stessa (*id est*, azioni di nullità e risarcimento del danno), tra le altre, A. Milano, 3 maggio 1995, *ivi*, 646; A. Milano, 5 febbraio 1996, *Giur. ann. dir. univ. 1996*, 639 ss.; A. Napoli, 9 aprile 1997, *Rep. Foro it.*, 1998, «Concorrenza (disciplina)» in Ancora, A. Torino, 18 giugno 2001, *Giur. ann. dir. ind.*, 2001, 962, ha negato l'ammissibilità

in cautelari che producano gli stessi effetti dei rimedi inibitori di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma solo misure finalizzate ad anticipare gli effetti delle pronunce di nullità o di risarcimento danni, devolute alla propria cognizione⁴⁰. Maggiori aperture si scorgono nella giurisprudenza milanese⁴¹, dove l'inibitoria cautelare viene comunque ammessa, anche se la si vuole correlata « funzionalmente all'accertamento di situazioni antigiuridiche che possano dar vita ad una futura azione di merito volta a far dichiarare la nullità di un atto concorrenziale o a far condannare l'autore di un illecito anticoncorrenziale al risarcimento del conseguente danno o

di provvedimenti d'urgenza che non abbiano funzione cautelare rispetto a domande risarcitorie o di nullità, in particolare escludendo di poter concedere un'intimazione ad adempiere nei confronti della pubblica amministrazione ed ammettendo invece l'inibitoria volta alla sospensione degli effetti dell'atto (potendosi intendere l'inibitoria come provvisoria determinazione della illegittimità dell'atto impugnato, strumentalmente all'accertamento in via definitiva della nullità delle prescrizioni controverse).

⁴⁰ Cfr. A. Milano, 2 maggio 2003, *Dir. ind.*, 2003, 537; A. Torino, 7 agosto 2001, *cit.*; A. Torino, 18 giugno 2001, *Giur. comm.*, 2003, II, 56; A. Milano, 14 giugno 2001, *Rep. Foro it.*, 2003, «Concorrenza (disciplina)», n. 218; A. Ancona, 6 dicembre 1999, *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, 649; A. Roma, 18 agosto 2000, *Rep. Foro it.*, 2001, voce *cit.*, n. 242; A. Casanovo, 3 luglio 1998, *Foro it.*, 1999, I, 2359.

⁴¹ V. A. Milano, 16 maggio 2006, *Foro it.*, 2006, I, 2491; A. Milano, 28 settembre 2005, *Dir. Internet*, 2006, 131; A. Milano, 5 febbraio 1992, *Riv. dir. ind.*, 1992, II, 52, con nota di SORDELLI, *Il primo provvedimento cautelare, secondo la legge nazionale antitrust (in una complessa vicenda di diffusione in Italia di registrazioni dal vivo eseguite all'estero senza il consenso degli autori-esecutori)*; A. Milano, 15 luglio 1992, *Foro it.*, 1992, I, 3393, in cui la Corte, nel respingere la richiesta di condanna della convenuta alla stipula di un nuovo contratto con diverse condizioni, ha invece ammesso l'inibitoria provvisoria del comportamento lecito sul rilievo che « tale istanza, nel perdurare di una situazione che si assume essere illegittima, è preordinata ad evitare il verificarsi di ulteriori e maggiori danni e non mira all'immediata modificazione dei rapporti giuridici esistenti tra le parti o alla creazione tra esse di nuovi vincoli contrattuali, bensì soltanto alla sospensione di fatto degli effetti del contratto in corso fino a quando non sia stato possibile giudicare nel merito della legittimità dell'accennata situazione ». Nello stesso senso, v. anche A. Milano, 23 gennaio 1992, *Foro it.*, 1994, I, 1206; A. Milano, 4 novembre 2009, *cit.*, che ha ritenuto ammissibile la domanda con cui è stata chiesta « l'inibizione a porre in esecuzione atti scaturiti dall'atto nullo ».

Cfr. inoltre A. Milano, decr. 8 ottobre 1994 e ord. 11 novembre 1994, *cit.*, e le osservazioni, sul punto, di A. BARONE, *Abuso di posizione dominante: competenza concorrente alla corte d'appello?*, *ivi*, 1327-1328.

Per una lettura estensiva v. anche A. Firenze, ord. 3 novembre 2003, *Ambiente S.c.r.l. v. A.R.P.A.T.*, *cit.*, nella quale si legge che la lettera dell'art. 33, per la sua ampiezza, « è di stretta interpretazione » e si inserisce nella preferenza del legislatore, di attribuire al giudice ordinario il potere generale di adottare provvedimenti cautelari ogni volta che un diritto possa essere irrimediabilmente leso prima che il suo titolare possa ottenere una decisione favorevole di merito ». Nello stesso senso, A. Firenze, 16 maggio 1991, in TAVASSI e SCUFFI, *op. cit.*, 495 ss., spec. 499; A. Roma, 20 agosto 1993, *Giur. it.*, 1993, 525 ss.; come *obiter dictum*, T.A.R. Lazio, 5 maggio 1994, n. 652, *Trib. amm. reg.*, 1994, I, 1709; A. Bologna, 1 settembre 1995, *Giur. ann. dir. ind.*, 1996, 453.

che comunque siano strettamente connesse ad una di tali domande». In tal caso, in cui «il provvedimento cautelare assolve una funzione preventiva, volta ad impedire che la violazione minacciata sia realizzata, oppure che la protrazione della condotta foriera di pregiudizio progressivamente accentui la portata dell'evento dannoso, il coordinamento di tale principio con l'esigenza di rispettare un rapporto di inerenza e strumentalità fra provvedimento cautelare e giudizio di merito porta a concludere che il tipico potere affidato al giudice dell'urgenza di adottare i provvedimenti più opportuni per preservare il diritto lesa dalla condotta produttrice di danno comprende anche la possibilità di emettere provvedimenti inibitori»⁴².

Mettiamo da parte – essendo sufficiente aver rammentato il dibattito in proposito, spettando alla giurisprudenza in materia l'ultima parola sul punto (ed essendo per vero anche questo problema, come l'altro di cui ora diremo, destinato ad essere stemperato dalla regola della strumentalità attenuata, di cui al novellato art. 669 *octies* c.p.c.) – la questione dell'ammissibilità di una misura inibitoria cautelare che sia chiesta non per assicurare gli effetti di una delle azioni di merito espressamente previste dall'art. 669 *l. antitrust*, ma specularmente ad una pretesa inibitoria definitiva. E proviamo ad immaginare, invece, cosa accade oggi, dopo la riforma del 2005 della tutela cautelare, quando sia chiesto e ottenuto un ordine di cessazione della condotta illecita, strumentalmente ad un'azione di risarcimento che l'attore in via d'urgenza abbia dichiarato di voler introdurre nel giudizio di merito.

Com'è noto, in base all'interpretazione prevalente dell'art. 669 *cons. c.p.c.* novellato, l'emissione *ante causam* di un provvedimento d'urgenza ai sensi dell'art. 700 c.p.c. non dà mai luogo a necessaria instaurazione del giudizio di merito, e ciò a prescindere dal fatto che il provvedimento adottato abbia, o meno, carattere anticipatorio: principio che viene ritenuto operare anche nel caso di provvedimento urgente *antitrust* emesso dalla corte d'appello in base alla speciale competenza per materia attribuita dall'art. 33, l. n. 287/1990⁴³.

Ciò significa – e con ciò veniamo all'accento, fatto in apertura, ad un possibile sdrammatizzazione del problema della mancata previsione dell'in-

⁴² Provvedimenti "inibitori" che, ad avviso della Corte, potrebbero tradursi anche in ordini aventi contenuto positivo, purché ciò avvenga in funzione della protezione di interessi nascenti da rapporti giuridici esistenti fra le parti, giacché, ove il provvedimento di tutela muovessero nella prospettiva di creare nuovi vincoli contrattuali ovvero di modificare l'assetto degli interessi convenzionalmente stabiliti dalle parti, verrebbe a determinarsi un'instabile incongruenza fra esso e gli effetti possibili del giudizio di merito.

⁴³ A. Milano, 14 febbraio 2007, *Giur. mer.*, 2008, 151.

ibitoria definitiva – che qualora l'inibitoria cautelare sia comunque concessa dalla corte d'appello, non vi sarà necessità, né sotto il profilo fattuale (avvenuto il ricorso) né sotto il profilo giuridico (non essendo necessario incardinare alcun giudizio di merito, né per ottenere il risarcimento del danno qualora il pregiudizio, grazie al provvedimento cautelare, sia stato impedito dalla cessazione del comportamento, né per stabilizzare il risultato raggiunto in via interinale, dal momento che la pronuncia definitiva oggi non è più necessaria per sorreggere gli effetti della misura provvisoria).

Ecco perché può parlarsi di una sdrammatizzazione del problema: perché in realtà l'inibitoria di merito ha una funzione estremamente limitata, quante volte l'obiettivo principale cui la stessa mira sia stato già raggiunto col provvedimento cautelare. E quella funzione (consistente nel fissare definitivamente, con sentenza, l'illiceità della condotta dell'autore della violazione, manifestando un'efficacia deterrente, e fondando i presupposti di una responsabilità aggravata, nell'ipotesi in cui, nonostante la sentenza, il comportamento venga ripetuto), pur essendo certamente importante, non è tale, da sola, da rendere insufficiente un sistema di tutele che non preveda l'inibitoria di merito, a patto che vi sia la possibilità, in via cautelare, di guadagnare il rimedio che davvero può contrastare o arrestare l'azione lesiva (tale non è, infatti, l'inibitoria definitiva, visti i tempi necessari allo svolgimento del giudizio di merito). Possibilità, quella di un provvedimento d'urgenza con queste caratteristiche, che oggi il novellato art. 669 *octies* c.p.c. e la regola della strumentalità attenuata certamente dischiudono con maggior facilità rispetto al passato.

4. L'accertamento dell'Autorità garante e l'istruttoria dinanzi al giudice ordinario.

Uno dei problemi che rimane aperto, nei giudizi dinanzi al giudice ordinario, è quello della necessità o meno, e delle forme, di un eventuale accordo tra l'azione amministrativa e la tutela in sede civile. Tutela, che, soprattutto quando è giocata sui tasti del risarcimento⁴⁴, dove maggiori

⁴⁴ La tutela risarcitoria sta iniziando ad acquisire centralità nei processi di concorrenza: lo dimostra, oltre alla pubblicazione del Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, il dibattito sulla tutela dei terzi estranei alla pratica vietata. In giurisprudenza v., in particolare, C. Giust., 14 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, e, per gli sviluppi interni

sono i problemi in termini di prova⁴⁵, deve evitare, da un lato, di pagare in punto di effettività i problemi di asimmetria informativa tra le parti rispetto ai fatti rilevanti, e le ben note difficoltà nella raccolta delle prove, che suggeriscono per contro che, quantomeno sul piano istruttorio, si apprezzino gli esiti del procedimento *antitrust* nel successivo processo civile. Ma dall'altro lato, deve sottrarsi al rischio che, in nome dell'uniformità e della certezza del diritto, si sacrifichi l'indipendenza e l'autonomia del giudice rispetto alla pubblica amministrazione: rischio paventato da più parti, dinanzi all'idea che parte della dottrina (in ciò avversata dalla giurisprudenza), di un condizionamento delle Corti alle decisioni delle Autorità⁴⁶.

I paragoni col tema della pregiudizialità amministrativa – cui pure sembra riportare un accenno della Cassazione all'assetto del riparto tra giurisdizioni anteriormente alle modifiche apportate nel '98 e nel 2000⁴⁷ – rischerebbero di essere fuorvianti. Il quesito che divide Cassazione e Consiglio di Stato in merito alla necessità o meno che il risarcimento del danno sia chiesto al giudice ordinario solo dopo che il giudice amministrativo si sia pronunciato sull'illegittimità dell'atto, è altra cosa rispetto all'interrogativo in ordine ai rapporti che corrono tra l'azione amministrativa e la tutela giurisdizionale civile nella materia *antitrust*, in conseguenza dell'istituzione di due forme di *enforcement* complementari tra loro.

del caso esaminato dal giudice comunitario, v. G.d.P. Bitonto, 21 maggio 2007, *Danno resp.*, 2007, 1278.

In generale, in argomento v. TAVASSI, *Il risarcimento del danno in materia antitrust nell'esperienza dei giudici italiani*, in *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza* a cura di Rossi Del Pozzo e Nascimbene, Milano, 2009, 41 ss.; PROSPERETTI, PANI, *L'azione antitrust: una prospettiva economica*, Milano, 2009.

⁴⁵ In argomento, v. MUSCOLO, *Processo antitrust e prova economica. Verso una terza via*, *antitrust*, 2007, 1278.

⁴⁶ Cfr. le (pur diverse) posizioni di Oppo e Libertini, riportate *supra*, alle nt. 4 e 5.

⁴⁷ Sull'autonomia del giudizio in sede civile, cfr. invece, *ex multis*, Cass., 13 febbraio 2009, n. 3640, *Foro it.*, 2010, I, 1901 ss., con nota di PALMIERI; A. Napoli, 9 febbraio 2010, *Foro it.*, 2006, I, 1184; A. Milano, 29 settembre 1999, *Dir. ind.*, 1999, 338; A. Milano, 2 luglio 1998, *ivi*, 57 ss., con nota di LAMANDINI; A. Milano, 5 febbraio 1996, *Giur. ind.*, 1996, 639 ss.

⁴⁸ Nella pronuncia del 2005, n. 2207, più volte richiamata, la Corte ha accennato alla possibilità che sull'introduzione di un giudizio in unico grado dinanzi alla corte d'appello avrebbe avuto influenza l'assetto dei rapporti tra giudice ordinario e giudice amministrativo esistente al momento dell'emanazione della legge del '90 e risalente alla concezione del doppio grado di tutela di cui alla l. n. 2248/1865 sul contenzioso amministrativo. Una concezione coerente con quella contenuta nella legge comunitaria n. 142/1992 che, all'art. 13, regola la tutela giurisdizionale conseguente alla violazione delle normative comunitarie in materia di appalti pubblici, stabiliva che il risarcimento del danno potesse essere domandato al giudice ordinario da parte di quegli che avesse ottenuto dal giudice amministrativo il nullamento dell'atto.

Se anche il legislatore, nell'attribuire all'AGCM il potere di sanzionare l'autore dell'illecito, ha riconosciuto alla giurisdizione speciale, adita su ricorso avverso quel provvedimento, l'autorità di stabilire, in via definitiva, se l'intesa affermata si sia o meno realizzata, ciò non significa affatto né che un analogo accertamento della violazione *antitrust* non possa essere compiuto dal giudice ordinario, né che, nel far ciò, questi debba soggiacere – a meno di non poter ricorrere alla disapplicazione – ad un vincolo derivante dal provvedimento amministrativo, né, infine, che il provvedimento del giudice amministrativo che riconosce legittimità alla sanzione abbia efficacia condizionante dell'esito del giudizio dinanzi al giudice ordinario.

Sono queste le tre direttrici lungo le quali si snoda il problema del rapporto tra giurisdizione ed amministrazione nella tutela della concorrenza⁴⁸: e su queste, per cenni, occorre soffermarsi nel riassumere i tratti essenziali dell'assetto della tutela civile nel confronto col *public enforcement*.

Punto di partenza debbono essere i diversi scopi che l'una e l'altro perseguono: la risoluzione delle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi dei privati, la prima; il ripristino delle condizioni di concorrenza a tutela del mercato in quanto tale, il secondo. Nei procedimenti davanti all'Autore, il Garante verifica la conformità della condotta alla legge e il rispetto dei divieti posti dalla disciplina *antitrust*, senza spazi di vera e propria discrezionalità amministrativa (salvo casi quali quelli dell'autorizzazione in deroga), e su tale base esercita i poteri inibitori e sanzionatori che gli vengono riconosciuti; ma poiché i divieti posti dalla legge sono immediatamente operanti anche sul piano civilistico (tranne che nelle ipotesi di controllo sulle operazioni di concentrazione), anche il giudice civile può conoscere delle violazioni, per dirimere la lite insorta tra i privati.

Di conseguenza, iniziando dalla prima direttrice, il provvedimento dell'Autorità non è condizione di procedibilità dell'accertamento da parte del giudice ordinario, né ne condiziona il risultato: opinando diversamente, si finirebbe per cancellare la possibilità dell'applicazione immediata della disciplina della concorrenza nell'ambito della tutela civile. È convincente, allora, e per più motivi (con ciò venendo alla seconda direttrice), l'idea che non sia corretto parlare di un vincolo, salvo disapplicazione, del giudice civile ai provvedimenti del Garante: sia perché il vincolo non si giustifica se non per il supposto pregiudizio all'unità dell'ordinamento e alla certezza del diritto che altrimenti si verificherebbe, ma non ha ragion d'essere

⁴⁸ Per un'ampia ricognizione del tema, nelle sue diverse direttrici, v. NESCA, *Giurisdizione e amministrazione*, cit.

nel sistema processuale una volta che si riconosca che la pretesa dei privati non si fonda sul provvedimento dell'AGCM. Sia perché la disapplicazione sarebbe, in quest'ottica, sostanzialmente inutile (oltre che non semplice da praticare, quante volte non vi siano i vizi propri dell'atto amministrativo, ma semplicemente una diversa lettura della fattispecie), non essendovi da disapplicare alcunché.

L'esigenza di uniformità nell'applicazione della disciplina *antitrust*, che la dottrina invoca, e l'opportunità di utilizzare, in chiave probatoria, gli accertamenti dell'Autorità, potrebbero essere soddisfatte, piuttosto (una volta chiarito che neppure è dato parlare di sospensione necessaria del processo civile, in virtù dell'art. 295 c.p.c., dal momento che la sospensione non può essere operata rispetto ad un procedimento amministrativo, qual è quello che si svolge dinanzi al Garante), attraverso forme di sospensione rimesse alla valutazione discrezionale del giudice, sul modello di quanto previsto dall'art. 16, Reg. CE n. 1/2003, alle quali poi far seguire l'acquisizione, come prova, del provvedimento dell'AGCM (con tutte le difficoltà di capire quali le possa essere, in concreto, l'efficacia probatoria di quel provvedimento⁴⁹), e, nei limiti in cui ciò è possibile senza violazione dei principi del processo⁵⁰, delle prove raccolte dall'Autorità.

Sono forme per le quali è difficile trovare agganci testuali, e che fanno, assumendo come ipotesi di lavoro che non sussistano ostacoli sistematici quantomeno ad un'interpretazione estensiva o analogica delle ipotesi di sospensione discrezionale positivamente regolate⁵¹, ha cercato di ricomporre – ma per l'ipotesi in cui la decisione dell'Autorità sia stata almeno impugnata dinanzi al giudice amministrativo – all'art. 337 c.p.c.⁵² Oggi, con la novella dell'art. 140 bis c. cons., che prevede, per i soli illeciti relativi a danno del consumatore e l'azione di classe da quelli originati (art. par. 5), che il tribunale, all'esito della prima udienza, possa «sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istanza di giudizio davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti a un giudice amministrativo», un aggancio testuale potrebbe essere rinvenuto

⁴⁹ Sul punto v., anche per ulteriori riferimenti, NEGRI, *op. cit.*, 145 ss. Per il ruolo di «prova privilegiata» che dovrebbe assumere il provvedimento dell'Autorità garantita dalla relazione alla sussistenza dell'illecito, pur incombendo sempre al danneggiato l'onere di fornire la prova degli effetti, in termini di nesso causale e di pregiudizio, v. Cass. 10 febbraio 2009, n. 3640, cit.

⁵⁰ NEGRI, *op. cit.*, 154 ss.

⁵¹ Ma sul punto v. le considerazioni di TUSO LUIZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, 484 ss.

⁵² NEGRI, *op. cit.*, 130 ss.

quella norma, sebbene rimanga aperto, anche in tal caso, il problema⁵³ rappresentato dall'assenza di un'istanza di controllo, nelle forme snelle del reclamo, sul provvedimento giudiziale che disponga l'arresto del processo, dal momento che, anche nell'art. 140 bis, niente è previsto in proposito (il reclamo dinanzi alla corte d'appello è contemplato, ma solo nei confronti dell'ordinanza che decide sulla ammissibilità della domanda).

Arrivando in conclusione alla terza direttrice, relativa ai rapporti tra provvedimento del giudice amministrativo investito del giudizio di legittimità della sanzione *antitrust* e giudizio dinanzi al giudice ordinario, una volta che si riconosca che la pretesa dei privati non si fonda sul provvedimento dell'AGCM (sicché l'annullamento di esso, come l'accertamento della sua legittimità, non vincolano il giudice civile più di quanto lo facesse l'atto originario⁵⁴), non sussistono i presupposti per la sospensione necessaria del processo ex art. 295 c.p.c., né ha senso interrogarsi sulla disapplicazione, mentre tra l'accertamento del giudice speciale (se questo cada sul rapporto giuridico tra privato e pubblica amministrazione, oltre lo schermo rappresentato dall'atto impugnato) e l'accertamento del giudice civile vi è soltanto una interferenza rappresentata dall'esame di fatti comuni, come tale insusceptibile di estensioni dell'efficacia del giudicato.

5. L'azione risarcitoria del consumatore.

Con la pronuncia del 2005, come ricordato, la Corte ha definitivamente annoverato tra i destinatari della legge *antitrust* il consumatore. La conclusione raggiunta dalla Cassazione, e ricavata anche dall'art. 4, l. n. 287/1990, che tra i criteri di esercizio del potere discrezionale dell'Autorità (nell'autorizzazione di intese altrimenti vietate) individua la circostanza che le pratiche possano dar «luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta del mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori», è che il contratto a valle sia espressione della menomazione del diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, sostituita con una scelta apparente per colpa della distorsione del mercato: in quell'ottica, il contratto a valle attuerebbe addirittura l'intesa.

⁵³ Segnalato da CONSOLO, in CONSOLO, LUISSO e SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 296.

⁵⁴ VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Dir. prat. assic., 1998, 760 ss.

Il rimedio principe, per il consumatore, non si appunta però sulla dinamica negoziale, ma mira al risarcimento del danno⁵⁵. Nel pensiero della Corte, a ben vedere, anche l'accertamento della nullità dell'intesa non è che «il presupposto dell'eliminazione del pregiudizio in una prospettiva esplicitamente risarcitoria»; e la funzione della nullità, che soccorre quando l'illecito si sia tradotto in un contratto in senso tecnico (anziché in una diversa condotta di mercato, realizzata in forme che escludano una caratterizzazione negoziale), è innanzitutto «togliere alla volontà anticoncorrenziale "a monte" ogni funzione di copertura formale dei comportamenti "a valle"»⁵⁶.

Come ricordato a proposito del paragone tra l'inibitoria e l'azione di nullità, la comminatoria di nullità dell'intesa vietata è vista, insomma, nella materia *antitrust*, come un rimedio che mira – più che (oltre che) a colpire l'efficacia dell'accordo concluso in violazione di norme imperative – come farebbe un'impugnativa negoziale di stampo tradizionale – soprattutto a rimuovere gli ostacoli al gioco della concorrenza, per impedire il verificarsi in futuro di ulteriori eventi dannosi. E se spostiamo l'attenzione sulla situazione «a valle» dell'illecito concorrenziale, e sull'alternativa (che per la Corte sembra quasi equivalente, mentre la dottrina ha dibattuto ampiamente in proposito) tra azione di restituzione, promossa a ruota della pronuncia di invalidità del negozio concluso per effetto dell'intesa nulla, e azione con cui si invochi, ex art. 2043 c.c., il ripristino della situazione patrimoniale che si assume lesa, parlare di nullità della pratica vietata, nel linguaggio della giurisprudenza, equivale a postulare l'accertamento della sussistenza dell'illecito, come elemento della fattispecie costitutiva del diritto fatto valere in giudizio (ovviamente, nel caso dell'invalidità derivata, il giudice procederà all'accertamento *incidenter tantum* dell'invalidità dell'intesa: con minor frequenza si avrà invece la richiesta di una vera e propria statuizione sulla nullità, come pure consentirebbe il ro gli artt. 34 c.p.c. e 1421 c.c., se il titolare della situazione dipendente avesse interesse ad una pronuncia siffatta).

Si è discusso a lungo – si diceva –, e con toni accesi, della natura dell'azione proposta dal contraente finale che chieda la riparazione del danno subito: in vicende particolari come queste, la natura contrattuale, tut-

⁵⁵ Sul tema del risarcimento del danno per violazione di norma *antitrust*, con specifico riferimento ai problemi del nesso di causalità e dell'onere probatorio incombente al consumatore che si reputi leso da un illecito anticoncorrenziale, cfr. A. Napoli, *Uguali*, 2008, *Foro it.*, 2008, I, 1303 ss.

⁵⁶ Come si legge nella pronuncia in questione, al par. 1.h della motivazione.

giocata sui rapporti (di invalidità derivata) tra contratto a valle e intesa a monte, o aquiliana della responsabilità⁵⁷ è spesso legata alle opzioni valutative dell'interprete, e alla preferenza manifestata nel riconoscere che la lesione di chi è estraneo all'intesa debba essere ricondotta all'interno del rapporto contrattuale oppure operi al di fuori di esso. In realtà, nella materia di cui si discorre sembra esservi spazio per entrambe le azioni⁵⁸: quella di nullità derivata, se l'oggetto che nasce illecito nel primo contratto che dà corso alle intese rimanga tale lungo l'intera catena negoziale; e quella di risarcimento del danno extracontrattuale, quante volte non vi sia lo spazio per la prima forma di tutela (per difetto dei presupposti della nullità: ad es., perché l'oggetto dell'intesa non viene affatto replicato nei contratti a valle), o si voglia convenire in giudizio un soggetto diverso dal proprio contraente diretto, al quale non può imputarsi la responsabilità (trattandosi

⁵⁷ In argomento, le posizioni contrapposte sono ben espresse in CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, *Danno resp.*, 2004, 469, e in, *Responsabilità civile antitrust: blocchi e profumi*, *ibid.*, 1165 (secondo cui occorre riflettere sull'inopportunità di invocare l'immediato della responsabilità civile extracontrattuale anche per i consumatori, non ravvisandosi in capo ad essi alcun interesse in funzione di un'azione aquiliana, dovendosi scoraggiare semmai il rimedio proprio nell'azione di nullità dei contratti a valle) e in LESERTINI, *Antitrust e rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, *ibid.*, 2004, 933 e 2005, 337 (che ribadisce invece l'idea della responsabilità *ex delicto*, sul duplice presupposto della natura di atto illecito delle intese vietate e dell'inclusione degli interessi degli utilizzatori finali – imprese o consumatori – dei prodotti oggetto dell'intesa nella serie di interessi tutelati dalla norma che pone il divieto).

Sul tema, in generale, v. M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi antitrust*, Catania, 2006.

⁵⁸ Per il tentativo di far coesistere, all'interno del sistema dei rapporti *antitrust*, una tutela risarcitoria di natura aquiliana con un tipo di tutela per così dire interna al contratto, ancorché nell'ottica di un suo riequilibrio, cfr. Guzzi, *Struttura concorrenziale*, cit. e già prima in *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 103 ss.), rispetto alle cui tesi non paiono del tutto centrati i rilievi critici avanzati vuoi da CASTRONOVO vuoi da LESERTINI negli scritti citati alla nota che precede. Non quelli avanzati dal primo, il quale sembra non cogliere che nella prospettiva di Guizzi, una volta riconosciuta l'esistenza di una situazione soggettiva (di natura probabilmente assoluta) alla preservazione del mercato concorrenziale, lo spazio riservato alla tutela risarcitoria resta residuale (in aggiunta alla tutela contrattuale nel rapporto col contraente diretto) appunto perché il diritto a che le imprese operino sul mercato rispettando le regole di concorrenza assume la consistenza di un diritto che esiste già prima del sorgere della relazione negoziale con una determinata impresa, anche se la stipula del contratto demarca il sorgere dell'interesse ad agire; ma neppure quelli formulati dal secondo, il quale sembra fraintendere la tesi di Guizzi interpretandola come una negazione della possibilità di riconoscere la legittimazione del consumatore all'azione risarcitoria, mentre essa si caratterizza invece solo per un tentativo di dare un fondamento più sicuro, rispetto a quello che è possibile trarre da un'analisi delle sole norme della legge *antitrust*, alla qualificazione nell'interesse del consumatore ad un mercato concorrenziale come situazione soggettiva civilmente giuridicamente protetta.

di un anello della catena di atti o negozi che danno corpo all'intesa, e non di uno dei partecipi della pratica colpita dal divieto), neppure seguendo la falsariga delle azioni di garanzia nelle vendite a catena.

Ma il vero punto focale del dibattito oggi, dopo l'introduzione dell'azione di classe risarcitoria nel Codice del consumo, si è spostato sulle caratteristiche che andrà ad assumere, nell'esperienza applicativa, il giudizio originario dalle violazioni della legge *antitrust* a danno del consumatore: un giudizio che, per la Cassazione, doveva ormai essere radicato dinanzi alla corte d'appello, e che l'art. 140 *bis*, d.l.g. 6 settembre 2005, n. 206, come modificato dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 («Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia»), ha trasferito di fronte ad un giudice diverso, specializzato anch'esso, e sottratto definitivamente al giudice di pace (la cui competenza, si era sottolineata, consisteva, diversamente da quella della corte d'appello, una significativa riduzione dei costi e garantiva al processo caratteri di maggiore semplicità e celerità, più adatti ad un migliore accesso alla giustizia del consumatore⁵⁹).

La norma, che introduce l'azione di classe risarcitoria, a tutela di diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti, oggi consente al singolo, anche mediante associazioni cui dà mandato a comitati cui partecipa, di agire, senza ministero di difensore, per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni, instaurando una controversia che potrà convogliare dinanzi ad un unico giudice (in modo più piano di quanto non sarebbe avvenuto con l'applicazione pura e semplice dell'art. 103 del codice di rito) le pretese analoghe degli altri danneggiati⁶⁰.

Lo strumento immaginato dal legislatore – già nel testo contenuto nella Finanziaria 2008 e mai divenuto operativo per una serie di rinvii, ed oggi in quello introdotto dalla c.d. legge sviluppo – è uno strumento di applicazione settoriale (diverso, anche per questo profilo, dal modello statunitense, almeno per la formulazione aperta della Rule 23, se non per il modo in cui la stessa è stata talora applicata dalle Corti).

⁵⁹ Sul tema della competenza a conoscere le domande risarcitorie, v. le considerazioni svolte in SALOMONE, *Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna comunitaria*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 875 ss.

⁶⁰ Sull'azione di classe, sia consentito rinviare al mio *L'azione di classe nel nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 349 ss. Con specifico riferimento alla tutela del consumatore, v. inoltre SCUFFI, *Tutela antitrust del consumatore e azione di classe*, *ind.*, 2009, 341 ss.

Con una puntuale delimitazione dell'ambito applicativo della norma (che si salda, più o meno consapevolmente, con l'attenzione riservata a settori omologhi dal Libro verde approvato il 27 novembre 2008 dalla Commissione europea), la richiesta risarcitoria, infatti, deve riferirsi al pregiudizio arrecato ai «diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versino nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile» (il richiamo agli artt. 1341 e 1342 c.c., di cui pure era stata sottolineata l'incongruenza con riferimento al testo precedente, non pare casuale, echeggiando – guarda caso – proprio la norma che si era voluto introdurre nel 2003 all'art. 113 del codice di rito, al fine di evitare che il giudice di pace potesse giudicare secondo equità le controversie, derivanti da contratti identici, che sarebbero scaturite di lì a poco in conseguenza della delibera *antitrust* in materia assicurativa che abbiamo ricordato). Inoltre, deve aversi riguardo ai «diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale»; ed, infine – così aprendosi un ulteriore spazio all'azione che ci occupa – ai «diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali», evidentemente apparenate dall'identità di entrambe a menomare la libertà di scelta del consumatore, e la sua capacità di operare sul mercato.

Per un gioco di sovrapposizioni normative, non solo dovrà trattarsi di illeciti compiuti dopo la data di entrata in vigore della legge (ovvero dopo il 15 agosto 2009); ma, anche con riferimento ad essi, di azioni seriali introdotte dall'inizio del 2010, poiché l'art. 23, 16° co., d.l. 1 luglio 2009, n. 78, ed. decreto anticrisi, ha collocato l'operatività della disciplina appunto al gennaio 2010.

Vista la non necessaria presenza del difensore, nonostante la competenza sia attribuita comunque, anche per controversie non di modico valore, ai tribunali capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa (non le eccezioni ricordate in apertura), la peculiare azione contemplata dall'art. 140 *bis* dovrebbe rispondere a quelle caratteristiche la cui assenza, viceversa, era stata lamentata, senza successo, dagli operatori in sede di rimessione alla Corte costituzionale, sul presupposto che l'opzione per la competenza per materia della corte d'appello, manifestata dalla Cassazione nel 2005 anche per controversie di modesto importo, non permettendo alla parte l'autodifesa «realizzerebbe un'irragionevole disparità di trattamento in danno dei cittadini meno abbienti, vanificando la garanzia costituzionale del diritto di agire in giudizio», e l'art. 33, 2° co.,

sacrificherebbe, non ragionevolmente, «il diritto a due gradi di giudizio di merito»⁶¹.

L'art. 140 bis non esclude la possibilità che si agisca comunque nelle forme ordinarie (la norma recita che i diritti in questione sono tutelati «anche» attraverso l'azione di classe); e tuttavia, ad evitare duplicazioni di giudizi, l'introduzione della lite nei modi previsti dal Codice del consumo o l'adesione, comporta la rinuncia ad ogni azione restitutiva o risarcitoria individuale che siano fondate sul medesimo titolo (salvo che, nel giudizio di classe, non intervenga una rinuncia o transazione, cui il singolo non intenda aderire, o si verifichi altra ipotesi di cessazione della materia del contendere che impedisca la prosecuzione del processo originario).

Se nel testo iniziale dell'art. 140 bis non era chiaro quale fosse l'oggetto del processo nell'azione risarcitoria (nell'alternativa tra i diritti individuali al risarcimento e il fascio di questioni comuni ai danneggiati⁶²), nella versione modificata la norma si muove nella sicura direzione dell'aggregazione *ab initio* delle pretese individuali. E il riferimento all'intenzione di tutelare, tramite il nuovo strumento processuale, «diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti», laddove la formulazione previgente conservava ancora il richiamo agli «interessi collettivi dei consumatori e degli utenti» (che pure abbandonava subito dopo, non preoccupandosi più tanto, nel prosieguo, di chiarire di che tipo fosse la posizione soggettiva lesa, e guardando piuttosto e soprattutto alla condotta lesiva), è indicativa del fatto che, giunti sul crinale del danno, rileva assai meno che a monte vi siano situazioni più o meno suscettibili di appropriazione e godimento differenziati: è la circostanza stessa della lesione di quegli interessi, quan-

⁶¹ Così l'ordinanza di rimessione del G.d.P. Ottaviano, 23 maggio 2005, su cui v. C. cost., ord. 26 ottobre 2007, n. 351, *Foro it.*, 2008, I, 713. La Corte, nel ritenere inammissibile la prima questione, perché posta in modo ipotetico, ha comunque ribadito la propria «costante affermazione secondo la quale il legislatore ordinario, nella materia processuale disciplinante i casi nei quali è prevista la necessità del patrocinio di un avvocato, è tenuto a dettare le regole di ripartizione della competenza, gode della più ampia discrezionalità, e incontra il solo limite della manifesta irragionevolezza ed arbitrarietà»; la seconda questione è stata ritenuta manifestamente infondata, sul presupposto per cui, secondo la costante giurisprudenza della Corte, il doppio grado di cognizione di merito non è riconosciuto dalla Costituzione quale necessaria garanzia di difesa.

⁶² Per la prima soluzione, CARONI, *Litconsorzio «aggregato»*, *Lazione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 823; CONSOLO, in: *AA.VV.*, *Obiettivo Class action, l'azione collettiva risarcitoria*, Milano, 2008, 145 ss.; GRASSANO, *L'azione collettiva risarcitoria*, *Riv. dir. proc.*, 2008, 1227 ss.; per la seconda, CHIARLONI, *Il ruolo dell'art. 140 bis del codice del consumo: azione di classe o azione collettiva? Analisi giurisprudenziale*, 2008, 1, 120; COSTANTINO, *La tutela collettiva risarcitoria: note a prima lettura dell'art. 140 bis del codice del consumo*, *Foro it.*, 2008, V, 17.

to essa sia in grado di produrre un pregiudizio nella sfera individuale, a dirigerla la tutela comunque verso il singolo, in una guisa diversa da quella che accade quando il provvedimento (ripristinatorio) sia richiesto, come nel caso dell'art. 140 c. cons., su di un piano collettivo.

Mentre è confermata la scelta, compiuta già dalla Finanziaria 2008, di guardare ai pregiudizi sofferti nell'ambito di contratti in serie, se si passa al versante della responsabilità extracontrattuale (o di quella che si situa nell'area di confine tra il contratto e il torto), si è viceversa chiusa la sfera delle situazioni tutelate, menzionando, anziché genericamente, come si era fatto in precedenza, «i danni sorti in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali», i soli diritti identici spettanti ai consumatori di un prodotto nei confronti del relativo produttore, e i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Si finisce così per gravitare più nell'area della responsabilità contrattuale delle imprese, o in aree limitrofe (se è vero che la forma del torto extracontrattuale appare più confacente alla responsabilità del passante, che non a situazioni in cui uno specifico obbligo di attenzione esista già), che non in quella dell'illecito extracontrattuale vero e proprio, che pure spesso assume i connotati della serialità. Responsabilità delle imprese, che potrà derivare anche dalla stessa conclusione del contratto, e prescindere dalla sua validità o invalidità, essendo ormai pacifico – lo ha ribadito la Cassazione a Sezioni Unite nel dicembre 2007, a proposito della violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario⁶³ – che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza nella formazione del negozio assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso, seppur valido, risulti tuttavia pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto (in tal forma dovendosi comporre il difficile equilibrio tra regole di comportamento e regole di validità).

Visto il tipo di diritti della cui lesione ha inteso occuparsi, se si fa ec-

⁶³ Cass., S.U., 19 dicembre 2007, n. 26724, *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di SCORBITTI. Sul tema, v. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, *Riv. dir. civ.*, 2002, 37 ss.; SCORBITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, *ivi*, 2006, I, 119 ss.; MARCONDA, *Regole di comportamento nella validità e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite*, *Corr. giur.*, 2007, 635 ss.

cezione per la responsabilità del produttore, il taglio che l'ordinamento italiano sembra aver prescelto nel costruire il modello di tutela risarcitoria di pretesa seriale appare, allora, molto più vicino a quello di tutela risarcitoria di somme uguali per tutti, o calcolate per tutti in modo identico, o al massimo ad una tutela di tipo indennitario, o con voci di danno standardizzate, che non al risarcimento più complesso, che presupponga un'istruttoria personale, e il riconoscimento di voci di danno patrimoniale e non patrimoniale dall'importo differenziato a seconda del tipo di pregiudizio sofferto.

Una tutela che il singolo avrebbe ottenuto, nella versione iniziale dell'art. 140 bis, attraverso i giudizi di completamento o in via conciliativa, e che adesso viene invece concentrata nell'unica sentenza che conclude la *class action*, con la quale il tribunale, che accoglie la domanda, pronuncia «condanna, che è titolo esecutivo, con cui liquida, ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all'azione», ovvero «stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme»⁶⁴.

Niente di male, finché appunto il meccanismo è chiamato ad operare per una riparazione omogeneizzata; ma non si potrà escludere che il risarcimento invocato in chiave seriale debba essere invece un abito confezionato su misura per ciascun componente della classe: il che potrà accadere nella responsabilità per danno da prodotti difettosi, dove la serialità della condotta illecita non impedisce la diversità delle conseguenze dannose⁶⁵, o, se si ritiene la norma applicabile anche in quei casi, nei giudizi promossi dall'investitore, nei quali non si può escludere che, oltre alla restituzione della somma investita, si richiedano, con debite allegazioni e offerte di prove, ulteriori danni che risultino collegati alla violazione dei doveri dell'intermediario⁶⁶.

⁶⁴ Pronunciando così quella che è stata definita una sentenza di condanna generica "rinforzata": Consolo, in AAVV., *Obiettivo Class Action*, cit., 216.

⁶⁵ Mentre dal risarcimento a carico del produttore rimane escluso il danno conseguente al deterioramento o alla distruzione del prodotto difettoso medesimo (che dovrà essere fatto valere semmai nei confronti del venditore finale), il Codice del consumo riconosce la perdita patrimoniale e non patrimoniale conseguente alla morte, alla lesione dell'integrità fisica della persona, alla distruzione o al deterioramento di una cosa diversa dal prodotto in quest'ultimo caso con un abbattimento iniziale di euro trecentottantasette. Il Codice non parla dei danni morali (che la dir. 25 luglio 1985, n. 374, lasciava impregiudicati, rinviando alle disposizioni nazionali), e questo pone la questione se siano risarcibili o meno, in base all'art. 123, 1.a). Secondo Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 515, tratta di un danno certamente risarcibile.

⁶⁶ Per questa ragione vi è chi esclude l'applicabilità della norma all'ipotesi questione (così Zoppini, *Esclusi anche per il futuro i danni subiti da risparmiatori*, *WSR*

In questo caso, pur se vi è identità dei diritti tutelati, vi è differenza nelle ricadute risarcibili: e non sarà compito semplice, per il Tribunale, gestire un processo nel quale – oltre all'esame delle eccezioni riguardanti le singole posizioni – dovrà essere dato sfogo alle prove portate dalle parti, non potendosi far ricorso per principio all'equità giudiziale correttiva dell'art. 1226 c.c. (pure richiamato dal legislatore), concepito per le ipotesi in cui, per la parte interessata, risulti obiettivamente impossibile, o particolarmente difficile, provare il danno nel suo preciso ammontare, e non per rimediare alla difficoltà dell'ufficio di assumere la prova, per la complessità che deriva dalla particolare tipologia di controversia.

Da questo punto di vista, pur continuando a mancare un meccanismo analogo alla *discovery* nordamericana (che solleva le Corti da una serie di incombenti istruttorie particolarmente amplificate nelle *class action*, facendone pervenire la lite al *trial* con tutte le carte già sul tavolo⁶⁷), dovrebbe comunque essere d'aiuto la scelta, che il legislatore sembra voler compiere nel modificare l'art. 140 bis, di affidare al giudice il potere di dar vita ad un processo funzionale alla gestione di controversie collettive, sulla falsariga del *case management* del sistema inglese: potere, grazie al quale il tribunale «prescrive le misure atte ad evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti» e «regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria (...), omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio».

Come considerazione a margine a proposito della liquidazione del danno, non si può fare a meno di sottolineare che, con le sentenze della Cassazione a Sezioni Unite sul danno non patrimoniale, che vanno a restringere l'area del danno risarcibile, si avranno quantomeno dei criteri utili, in un certo tipo di vicende che possono originare controversie seriali (pensiamo al caso del *black out* elettrico del 2003), ad evitare disorientamen-

⁶⁷ *Ore*, 28 dicembre 2008), ma senza tener conto del fatto che problema analogo, allora, si porrebbe per il danno da prodotto difettoso, che invece è espressamente ricompreso nell'ambito di applicazione dell'art. 140 bis c. cons. In argomento v. Guizzi, *Rapporti societari, mercato finanziario e tutela collettiva - Un esercizio interpretativo sull'ambito di operatività dell'azione risarcitoria collettiva ex art. 140 bis d.leg. 206/2005*, *Riv. dir. economia*, 2008, I, 797 ss.

⁶⁸ V. sul punto, Bona, in AAVV., *Obiettivo Class Action*, cit., 15. Sulle caratteristiche della *class action* nel sistema statunitense, v. da ultimo, Trocker, *Class actions negli USA - In Europa?*, *Relazione al Convegno su Collettive Redress, Towards a system of class action in Europe?*, Firenze, 31 ottobre 2008; Fagnani e Virano, *Le Class Actions nel diritto italiano: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in Atti del XV Convegno Nazionale di Studi di Alba - Associazione albesa "Studi di diritto commerciale", Roma, 2009, 12 ss.

ti giurisprudenziali del tipo di quelli che si sono avuti in alcune pronunce dei giudici di pace⁶⁸.

È infine degno di nota, con riferimento a quanto si osservava nel paragrafo precedente, che il Tribunale, nel decidere, all'esito della prima udienza, sull'ammissibilità della domanda (valutando l'eventuale manifesta infondatezza della stessa, la sussistenza di un conflitto di interessi, nonché la non adeguatezza del proponente e la non serialità degli interessi⁶⁹), potrà sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere sia in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo.

Si ha così – al di là delle questioni che si sono esaminate in precedenza – un raccordo tra la disciplina dell'azione seriale e le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, consentendosi che l'azione risarcitoria venga promossa a valle del procedimento di competenza dell'Autorità. Il che potrà anche comportare una riduzione del danno arrecato ai consumatori dagli illeciti in questione, ove, mediante le misure inibitorie si realizzi, su un piano fattuale, l'interesse del singolo alla rimozione della condotta anticoncorrenziale.

CAPITOLO QUATTORDICESIMO

LA TUTELA GIURISDIZIONALE APPRESTATA DAL GIUDICE DELL'UNIONE EUROPEA

di

ROBERTO MASTROIANNI

⁶⁸ In una delle sentenze gemelle rese a Sezioni Unite sulla fine del 2008 (Cass., Sez. I, 11 novembre 2008, n. 26972, *Corr. giur.*, 2009, 48), la Cassazione osserva: «al danno esistenziale era dato ampio spazio dai giudici di pace, in relazione alle più fantasiose, ed a volte risibili, prospettazioni di pregiudizi suscettivi di alterare il modo di esistere delle persone: la rottura del tacco di una scarpa da sposa, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante all'aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'invio di contravvenzioni illegittime, la morte dell'animale di affezione, il maltrattamento di animali, il mancato godimento della partita di calcio per televisione determinato dal *black out* elettrico. In tal modo si risarcivano pregiudizi di dubbia serietà, a prescindere dall'individuazione dell'interesse lesa, e quindi del requisito dell'ingiustizia».

⁶⁹ In questo modo riterei doversi leggere la previsione di necessaria "identità" tra i diritti individuali tutelati, ove non si voglia alludere – ma allora già nella previsione di fattispecie cui la norma si applica – ad una necessaria omogeneità delle ricadute pregiudizievoli della lesione, che certo mal si attaglierebbe a fattispecie del genere della responsabilità del produttore, ma che il tribunale potrebbe richiedere nel definire, ai fini dell'ammissibilità dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione a tutela di essa». Ci si avvicina, così, ai requisiti della *commonality*, della *quality* e della *adequacy* della *class action* nordamericana, mentre manca ancora una verifica dell'ulteriore requisito della *numerosity*, che presuppone che la classe annoveri un elevato numero di membri da rendere impraticabile la via del cumulo in un unico giudizio delle azioni individuali.