

COMPETENZE E SPECIALIZZAZIONI

SOMMARIO: 1. Un (frastagliato) quadro d'insieme. – 2. Perché la specializzazione nella materia economica? – 3. Quali i rischi della specializzazione del giudice?

1. Perché «competenze e specializzazioni»?

Sempre più spesso, in questi anni, il legislatore ha tratteggiato, in settori apparentati dalla natura economica delle controversie, competenze di organi giudiziari che sono servite anche a creare forme di specializzazione nel giudice togato*.

Non più, dunque, necessariamente, sezioni che vedono la partecipazione, accanto ai magistrati togati, di membri laici esperti in determinate materie (com'è avvenuto in passato, all'epoca dell'istituzione

* Mentre il libro andava in stampa, il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, ha istituito il «tribunale delle imprese», trasformando le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale in sezioni specializzate in materia di impresa.

Nel testo della legge di conversione all'esame della Camera alla data del 23 marzo 2012, alle sezioni specializzate è attribuita, in aggiunta alla competenza originaria prevista dal d.lg. 27 giugno 2003, n. 168, anche la competenza per le controversie di cui all'art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e quelle relative alla violazione della normativa *antitrust* dell'Unione europea.

Inoltre, con una modifica rispetto al d.l. n. 1 del 2012, la competenza concernente le controversie endosocietarie, quelle concernenti il trasferimento delle partecipazioni sociali o i patti parasociali, e le altre controversie relative «a rapporti di cui all'art. 2359, primo comma, numero 3), all'art. 2497-septies e all'art. 2345-septies del codice civile o a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria dei quali sia parte una delle società di cui al presente comma, ovvero quando una delle stesse partecipa al consorzio o al raggruppamento temporaneo cui i contratti siano stati affidati, ove comunque sussista la giurisdizione del giudice ordinario», viene riferita anche alle società a responsabilità limitata, alle società cooperative e alle mutue assicuratrici, alle Società europee di cui ai regolamenti (CE) n. 2157/2001 e 1435/2003 del Consiglio, alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato delle società costituite all'estero.

delle sezioni agrarie o del Tribunale dei minorenni), ma giudici che traggono la propria specializzazione, più che da una formazione apposita, dalla stessa attribuzione, al proprio ruolo, di materie particolari, e dall'esperienza maturata sul campo¹.

In questo contesto, il plurale non è casuale: le competenze sono tante e frastagliate, sicché anche le specializzazioni non rispondono ad un unico modello.

Ma, soprattutto, il quadro generale si è formato per tappe successive, tra spinte e batrute d'arresto che è opportuno ripercorrere.

Un impulso, nella direzione della specializzazione in materia economica, si può riportare già alla scelta, compiuta dalla l. 10 ottobre 1990, n. 287 («Norme per la tutela della concorrenza e del mercato»), di concentrare la competenza giurisdizionale nel TAR Lazio, per il *public enforcement*, e nelle Corti d'appello, per il *private enforcement*, creando così un giudice attrezzato ad affrontare le diverse sfaccettature dell'illegittimo concorrenziale.

La giurisdizione del giudice amministrativo sui provvedimenti delle Autorità Garanti è stata di recente ribadita, e rafforzata, dal Codice del processo amministrativo, che riafferma la natura di giurisdizione esclusiva della competenza a conoscere le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori, adottati dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato; meno netta la strada percorsa dal giudice ordinario, dato che la ritenuta natura eccezionale, e non soltanto speciale, della competenza riconosciuta alla Corte d'appello dall'art. 33, l. n. 287 del 1990, ha comportato in questi anni non pochi problemi agli interpreti, per la difficoltà di colmare, col semplice ricorso all'analogia, le lacune nell'assetto dei rimedi esperibili dinanzi alle Corti².

¹ Sul tema della specializzazione, si veda G. CIVININI, *La specializzazione del giudice*, in *Quest. giur.*, 2000, p. 605 ss.

² Due sono i quesiti che in questi anni hanno soprattutto affaticato la giurisprudenza: se il legislatore del '90 intendesse escludere dal novero delle azioni ammissibili in materia *antitrust* quelle che non ha riconosciuto espressamente al giudice ordinario (prima fra tutte, la domanda inhibitoria rivolta a contrastare in via definitiva, e non già soltanto cautelare e provvisoria, l'azione lesiva), o se, invece, la norma abbia natura meramente esemplificativa, e consenta perciò di ammettere anche azioni diverse da quelle previste (con l'ulteriore interrogativo, in questo caso, di quale sia il giudice ordinario competente, se è vero che la competenza della Corte d'appello ha natura eccezionale); inoltre, a quali soggetti, diversi dall'imprenditore concorrente pregiudicato dalla pratica vietata, sia possibile estendere le forme di tutela contemplate dalla legge. In argomento, sia consentito rinviare al 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, p. 179 ss.; e poi a *La tutela apprestata dal giudice ordi-*

Alla spinta verso la creazione di un giudice «tecnico», impressa negli anni '90 dalla l. *antitrust*, è seguita una prima battuta d'arresto all'inizio del decennio successivo, col fallimento del tentativo, compiuto dalla Commissione di riforma del diritto societario, di introdurre un giudice specializzato in materia commerciale³, cui affidare la gestione del processo speciale per le controversie economiche, introdotto col d.lg. 17 gennaio 2003, n. 5, e oggi abrogato.

Si sarebbero dovute creare sezioni specializzate in tutti i tribunali delle città sedi di Corti d'appello, con componenti dotati di specifica competenza professionale: ma l'idea è ben presto tramontata, e il legislatore si è accontentato della costituzione, avvenuta col d.lg. 27 giugno 2003, n. 168, di sezioni specializzate in materia di proprietà industriale, istituite presso dodici sedi di tribunale, con competenza ultradistrettuale, ed individuate – almeno stando a quanto si legge nella relazione illustrativa del Governo allo schema di decreto legislativo – secondo criteri di vicinanza territoriale e facilità di collegamenti⁴.

Le sezioni in materia di proprietà industriale sono cosa ben diversa dal giudice di tutta la materia economica, che la Commissione di riforma aveva immaginato, ma si tratta, comunque, di un giudice con una sfera di competenza assai ampia per la materia industriale: l'art. 134 del codice della proprietà industriale, pur con una formulazione non perispica, consente di attrarre dinanzi alle sezioni specializzate tutte le fattispecie concorrenziali in cui la tutela del mercato entri in conflitto con le private: ciò, sia per quanto attiene alla concorrenza sleale codicistica (che è ricompresa nel raggio d'azione delle sezioni, con la sola esclusione delle vicende che non interferiscano, neppure indirettamente,

nario in materia antitrust, in A. CATRICALÀ ed E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti della concorrenza*, in *Tratt. contr.* Rescigno e Gabrielli, Torino, 2011, p. 525 ss.

³ Sul progetto di riforma del diritto societario nella parte relativa alla creazione del giudice specializzato in materia commerciale, v. M. RESCIGNO, *Osservazioni sul progetto di riforma del diritto societario in tema di specializzazione della giustizia commerciale*, in *La riforma delle società: la tutela giurisdizionale* (atti del convegno di Alba, 20 novembre 1999), in *Società*, 2000, p. 183, e ivi la critica rivolta all'assenza di norme intese a rimediare allo spostamento in ambito amministrativo della risoluzione delle più importanti controversie in materia economica, dovuto alla concentrazione in capo alle *authorities* (e di là al giudice amministrativo) di rilevanti poteri nel settore del diritto dell'impresa.

⁴ Sull'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento all'individuazione delle sedi giudiziarie sede delle sezioni specializzate, sul presupposto che rientri nella discrezionalità del legislatore ordinario «regolare in modo non rigorosamente uniforme i modi della tutela giurisdizionale a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela medesima», v. Corte cost., 14 dicembre 2004, n. 386, in *Foro it.*, 2005, I, c. 257.

con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale), che per quanto attiene alla disciplina *antitrust*⁵.

Di fatto, «d'un colpo, giudizi che fino [a quel momento] potevano essere proposti innanzi ai 165 tribunali italiani, con 218 sezioni distaccate, e alle 26 corti di appello (con 3 sezioni distaccate) [sono stati rimessi alla] competenza di sole 12 sezioni specializzate di tribunale (e altrettante di appello)»⁶. Di conseguenza, controversie che prima potevano essere trattate da centinaia e centinaia di magistrati, sono state concentrate presso poco più di un centinaio di giudici, con un incremento della specializzazione di questi.

Né la possibilità, prevista dall'art. 2, comma 2, del decreto, che presso le sezioni sia assicurata anche la trattazione di altre materie (possibilità che, a quanto consta, è stata sfruttata in quasi tutte le sezioni, ad eccezione di Torino e in parte di Milano)⁷, ha ostacolato la spinta, voluta dal legislatore, nella direzione della specializzazione del giudice.

Il 2003 non è solo l'anno dell'istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale, ma anche l'anno dell'emanazione del reg. CE 1/03, che ha segnato, com'è noto, un passaggio importante sulla via della cd. modernizzazione. Il regolamento ha ribadito la regola dell'applicazione diretta del diritto *antitrust* comunitario (già affermata dalla Corte di giustizia dal 1963) da parte dei giudici nazionali.

Per questa via i tribunali di primo grado (non le Corti d'appello, come nell'art. 33, l. *antitrust*), quali interpreti della tutela prevista dagli artt. 81 e 82 Trattato CE (oggi artt. 101 e 102 TFUE), si sono candidati a divenire il «giudice europeo della concorrenza»: grazie all'attribuzione tabellare della materia in questione, e pur senza la costituzione, in questa occasione, di vere e proprie sezioni specializzate, si è

⁵ In argomento, v. L.C. USERTAZZI, *Ancora sulla competenza per materia delle sezioni specializzate in proprietà intellettuale ed industriale IP*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2005, p. 281 ss.; M. SCUFFI, *Sezioni specializzate e tutela giudiziaria dell'impresa*, in *Dir. prat. soc.*, 2007, p. 34 ss.; in A. CATRIGALÀ e P. TROIANO (a cura di), *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, con la collaborazione di C. Lacava, S. Stella, Torino, 2010, sub art. 33. L'art. 134 del Codice della proprietà industriale non è stato modificato dal d.lg. 13 agosto 2010, n. 131, che è intervenuto viceversa sulle norme processuali in materia di tutela cautelare (v., in proposito, C. GALLI, *La revisione del Codice della Proprietà Industriale: da un'impostazione «proprietaria» ad un approccio market oriented*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 277 ss.).

⁶ I numeri sono ripresi da G. CASABURI, *L'istituzione delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale*, in *Riv. dir. ind.*, 2003, I, p. 254.

⁷ L'art. 2, comma 2, del decreto prevede questa possibilità a patto che ciò non comporti ritardo nella trattazione e decisione dei giudizi in materia di proprietà industriale ed intellettuale.

avuta una ulteriore forma di specializzazione nella materia economica, in particolare concorrenziale⁸.

Il quadro delle competenze non sarebbe completo senza un accenno al tormentato percorso della tutela del consumatore dinanzi a comports aniconcorrenziali. Una tutela che, in virtù di un intervento della Cassazione del 2005⁹, è stata spostata dal giudice di pace alla Corte d'appello, per essere infine accompagnata, nell'ipotesi in cui l'azione abbia caratteri di serialità, dal rimedio esperibile dinanzi ai soli tribunali capoluogo di regione, con l'introduzione dell'art. 140 bis c. cons. (mentre è rimasta ferma la competenza preesistente per le azioni individuali).

Come la Cassazione nel 2005 ha definitivamente chiarito¹⁰, la tutela del mercato è tutela di tutti coloro che sul mercato operano, e perciò anche dei consumatori: la disciplina *antitrust* non è più soltanto la legge degli imprenditori, ma è, più ampiamente, «la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente

⁸ Sul ruolo del giudice nazionale come giudice «forte» della concorrenza e del mercato, v. G. MUSCOLO, *Criteri di applicazione degli articoli 81 e 82 nelle controversie tra privati: il ruolo dei giudici nazionali*, in G. BRUZZONE (a cura di), *Poteri e garanzie nel diritto antitrust - L'esperienza italiana nel sistema della modernizzazione*, Bologna, 2008, p. 223 ss.

⁹ Cass., Sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno resp.*, 2005, p. 495, con nota di B. INZITARI e B. LIBONATI; in *Giur. it.*, 2005, pp. 967 e 1675, con nota di G. CANALE; in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 435, con nota di C. CASTRONOVO; in *Corr. giur.*, 2005, p. 333, con mia nota e nota di M. NEGRI, e p. 1093, con nota di M. LIBERTINI; in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 120 ss., con nota di A. GENOVESE.

¹⁰ Superando così l'orientamento manifestato dapprima con la pronuncia della Sez. I, 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Corr. giur.*, 2003, p. 339, con nota di I. NASTI, *Tutela risarcitoria del consumatore per condotta anticoncorrenziale: una decisione difficile*; e *ivi*, 2003, p. 747, con nota di M. NEGRI, *Risarcimento del danno da illecito antitrust e foro per la tutela del consumatore (la Cassazione non delega i dubbi nella vicenda RCauto)*. A quella pronuncia, secondo cui la disciplina *antitrust* sarebbe la legge degli imprenditori soltanto, aveva fatto seguito Cass., Sez. III, 17 ottobre 2003, n. 15538, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2938 (vedila anche *ivi*, 2004, I, c. 466 ss., con commenti di R. PARDONESI, *Cartello e contratti dei consumatori da Leibnitz a Sansone?*; F. FERRO LUZZI jr., *Prolegomeni in tema di mercato concorrenziale e «aurea acquitas» (ovvero delle convergenze parallele)*; e G. GUZZI, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*; nonché *Riv. dir. comm.*, 2003, p. 330 ss., con commenti di G. VERTIOSI, *Consumatori e mercato*, A.M. AZZARO, *Intese restrittive della concorrenza e (contratti in danno del consumatore, e M.R. MAUGERI, Sulla tutela di chi conclude un contratto con un'impresa che partecipa ad un'intesa vietata)*, di rimessione degli atti al primo presidente, per l'assegnazione alle Sezioni Unite della questione in ordine al se la controversia risarcitoria promossa dal consumatore appartenesse o meno alla competenza in unico grado della corte d'appello.

Le sezioni unite sono infine intervenute nel 2005, con la sentenza citata alla nota che precede.

rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere».

È stata così superata¹¹ la tesi che negava la configurabilità, nella legge *antitrust*, di un diritto soggettivo in testa ai consumatori finali, traducibile nell'azione di nullità o di risarcimento, e perciò rinveniva nell'azione risarcitoria del consumatore i caratteri di un'ordinaria azione di responsabilità, soggetta così ai normali criteri di competenza.

E al tempo stesso si è avuto 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 uno con la pronuncia di nullità, ma anche qualora esso operi come presupposto della domanda di eliminazione dell'effetto pregiudizievole, da riparare attraverso il risarcimento: anche in questo caso, infatti, l'azione dovrà essere proposta dinanzi alla Corte d'appello in unico grado, e non più di fronte al giudice di pace (la cui competenza, pure, consentiva, diversamente da quella della Corte d'appello, una significativa riduzione dei costi e garantiva al processo caratteri di maggiore semplificazione e celerità, e da questo punto di vista era più adatta ad un migliore accesso alla giustizia del consumatore).

Nel contempo, l'introduzione dell'azione di classe risarcitoria, anch'essa sottratta al giudice competente secondo le regole generali del codice processuale, e attribuita invece al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ha segnato un'altra tappa nella direzione della creazione di un giudice specializzato nella tutela del consumatore sul mercato. Tutela del consumatore che, nel tempo, ha acquistato, del resto, caratteristiche di sempre crescente specialità, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale.

2. La concentrazione delle competenze presso un determinato organo giudiziario (IAR Lazio, Corti d'appello), o l'attribuzione della materia all'interno di un medesimo ufficio giudiziario (con o senza la

vera e propria individuazione della sezione specializzata, in ogni caso composta da soli giudici togati¹², e non da esperti laici), è dunque il modo con cui l'ordinamento ha pensato di rispondere all'esigenza, avvertita da più parti, e ricondotta anche all'art. 111 cost., e alla necessità di rispettare il principio della ragionevole durata del processo, di un giudizio in materia economica rapido, perché condotto da un giudice esperto e particolarmente preparato in settori che richiedono, più di altri, l'apertura ad altri saperi, anche extragiuridici.

Per vero, se l'obiettivo è l'efficienza e la rapidità della risposta giudiziale, nonché l'effettività della tutela, la disciplina passata in rassegna pecca almeno da due diversi punti di vista: da un lato, le competenze innumerevoli e frastagliate non aiutano l'operatore ad orientarsi nel caleidoscopio di scelte possibili (basti pensare ai disorientamenti provocati dalle contraddizioni tra la giurisprudenza milanese in punto di competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e le aperture della giurisprudenza napoletana¹³), dall'altro, le lacune dell'art. 33, l. *antitrust* non garantiscono il perfetto allineamento tra situazioni sostanziali e rimedi: non solo la tipizzazione delle azioni contrasta col principio di atipicità della tutela, ma la piena affermazione del principio in parola qui è ostacolata anche dalla ritenuta eccezionalità della disciplina della competenza del giudice civile dell'illecito concorrenziale.

Al di là di questi nei, ai quali altrove si è cercato di porre rimedio¹⁴, la necessità di una specializzazione del giudice, nelle materie in questione, è un dato dal quale non è più possibile prescindere, anche se in chiusura dovremo accennare anche ai rischi che essa comporta.

¹² Secondo le indicazioni contenute nella delibera del C.S.M. del 23 luglio 2003, le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale si presentano quali uffici costituiti *ex novo*, ossia non come mere articolazioni interne, ma come vere e proprie nuove sezioni da aggiungere a quelle preesistenti, ancorché prive di autonomo organico (escludendo l'art. 16 della l. 12 dicembre 2002, n. 273, secondo il quale la riforma avrebbe dovuto essere attuata senza oneri aggiuntivi, né incrementi di dotazioni organiche). In pratica, divisioni formate da giudici di cd. secondo incarico, che rimangono affidati anche degli affari della sezione di provenienza: giudici che, stando alla delibera del C.S.M., avrebbero dovuto essere assegnati alle sezioni, ancorché mediante concorso interno, in funzione delle specifiche attitudini prevalenti sui criteri di anzianità nel ruolo o nel servizio.

¹³ Cfr. App. Milano, 26 aprile 2005, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1885, che ha inteso restrittivamente l'art. 134 con riferimento al concetto di afferenza dell'illecito *antitrust*, e Trib. Napoli, 15 dicembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 1205, che ha letto in modo ampio la medesima norma, questa volta con riferimento al concetto di «interferenza» delle fattispecie con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale.

¹⁴ Così nei lavori citati *supra*, alla nota 2.

¹¹ Dopo la pronuncia delle Sezioni Unite del 2005, può considerarsi diritto vivente il principio per cui la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione prevista dall'art. 33, l. n. 287 del 1990 dev'essere riconosciuta non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato che abbiano interesse alla conservazione del suo carattere competitivo: e ciò tanto quando venga promossa azione risarcitoria, tanto quando sia introdotta l'azione restitutoria ex art. 2033 c.c. (Cass., Sez. I, 28 ottobre 2005, n. 21081, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2051; Cass., sez. I, 26 agosto 2005, n. 17398, Cass., Sez. I, 13 luglio 2005, n. 14716, entrambe in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 253; Cass., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097; Cass., Sez. III, 26 aprile 2010, n. 9922, ined.; Cass., Sez. III, 21 gennaio 2010, n. 993, ined.).

L'esigenza di una particolare competenza del giudice nei settori che si sono ricordati è, infatti, connessa alla circostanza che si tratta di materie nelle quali il giudice è soprattutto un giudice del fatto, e che il modello di giurisdizione e processo auspicabile per la più efficiente soluzione del conflitto deve tener conto della centralità, in esso, dei fatti e delle prove, e della natura dei primi, sicché al giudice non è richiesto soltanto di compiere, sia pure con l'ausilio della consulenza tecnica, valutazioni di tipo tecnico-contabile, come avviene di regola nelle controversie risarcitorie, ma anche, e particolarmente, analisi economiche, indispensabili già nella ricostruzione della fattispecie costitutiva dell'illecito¹⁵.

Spesso, poi, non si tratta nemmeno soltanto di verificare gli aspetti tecnici della fattispecie cui dovrà essere poi applicata la norma giuridica, ma si tratta di comprendere compiutamente la portata e gli effetti della norma stessa, laddove sia questa ad essere scritta in una chiave essenzialmente tecnica. Compito, questo, che il giudice nemmeno potrebbe delegare all'esperto, come fa con la consulenza, senza con ciò abdicare alla propria funzione¹⁶ (una funzione che, del resto, anche con riferimento agli aspetti di fatto, richiede comunque nel giudice una spiccata capacità di rendersi conto del modo in cui il consueto opera e della tenuta logica delle valutazioni che compie).

La scelta del legislatore, per rispondere a queste esigenze, è stata, come si è visto, di non allargare la composizione dell'organo a tecnici esperti nelle conoscenze necessarie ad affrontare il tipo di lite, ma far sì che la specializzazione nascesse semmai dalla pratica stessa dell'attività specializzata. Muove in questa direzione, del resto, sotto un profilo più generale, anche la circolare del C.S.M. 2008, sulla formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici giudiziari per il triennio 2009/2011, che all'art. 21 prevede, sotto la rubrica «specializzazione delle sezioni di Tribunale e di Corte d'appello», che nell'organizzazione degli uffici, oltre alla naturale ripartizione tra il settore civile e quello penale, vada comunque favorito l'affinamento di competenze specialistiche per materie omogenee e predeterminate¹⁷ (il tema delle sezioni specializzate è affrontato invece all'art. 25).

¹⁵ In argomento, v. G. MUSCOLO, *Processo antitrust e prova economica. Verso una terza via tra adversarial systems e court centered systems*, in *Conc. merc.*, 2008, p. 450 ss.; v., inoltre, G. MUSCOLO, *Criteri*, cit., p. 236 ss.

¹⁶ R. RORDORE, *La professionalità dei magistrati: specializzazione e avvicendamento*, in *Foro it.*, 2000, V, c. 271.

¹⁷ Competenze specialistiche che sono funzionali alla corretta applicazione della disciplina prevista dall'art. 19, d.l.g. 5 aprile 2006, n. 160, che regola il tempo massimo di permanenza nell'incarico presso lo stesso ufficio tra un minimo di cinque anni e un massimo di dieci anni, secondo quanto stabilito dal Regolamento del C.S.M. 13 marzo 2008.

In questo contesto, è centrale comprendere il modo in cui il giudice si rapporta al fatto, e all'esperto che lo aiuti a comprenderlo, quando il fatto presenti caratteristiche tecniche di particolare complessità.

Occorre riflettere sulla capacità del giudice «specializzato» di controllare appieno le risultanze della consulenza tecnica, ove una consulenza vi sia, e comunque di «filtrare» l'ingresso nel giudizio dei saperi diversi da quello giuridico, che qui, più che altrove, assumono caratteri altamente specialistici.

In questa chiave, è necessario soprattutto domandarsi cosa si intende con la dizione «prova privilegiata», che la Cassazione ha utilizzato¹⁸ per designare il peso che hanno, nel giudizio civile dinanzi alla Corte d'appello (dove, diversamente da quanto avviene nelle controversie pendenti dinanzi al tribunale di primo grado, non opera il vincolo che là si produce rispetto alle valutazioni effettuate dalla Commissione, ai sensi dell'art. 16 reg. CE n. 1/2003)¹⁹, le risultanze dell'istruttoria antitrust. Diverso è il discorso per il giudice amministrativo, tutto incentrato sui limiti del sindacato giudiziale sui provvedimenti impugnati, e del ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio, in presenza di discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione²⁰.

Nel raffronto tra giurisdizione ed amministrazione nella tutela della concorrenza²¹ – che di questo si tratta – il punto di equilibrio tra i ruoli del giudice e dell'Autorità dev'essere cercato nei diversi obiettivi che la tutela civile e il *public enforcement* 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'Autorità, il Garante verifica la conformità della condotta alla legge e il rispetto dei divieti posti dalla disciplina antitrust, ed esercita i poteri inibitori e sanzionatori che gli ven-

¹⁸ Per il valore di «prova privilegiata» che dovrebbe assumere il provvedimento dell'Autorità Garante in 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., 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1901.

¹⁹ Sugli strumenti che il reg. n. 1 del 2003 fornisce per promuovere un'applicazione coerente delle norme di concorrenza da parte dei giudici nazionali, v. M. TAVASSI, *Il ruolo dei giudici nazionali nel private enforcement, competenze concorrenti e coordinamento con l'azione dell'Autorità garante*, in P. BARUCCI e C. RABITI BEDOGLI (a cura di), *20 anni di antitrust*, II, Torino, 2010, p. 997 ss.

²⁰ In argomento v. AA.VV., *Il controllo del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica e, in particolare, sugli atti delle autorità indipendenti*, Milano, 2009.

²¹ Per un'ampia ricognizione del tema, nelle sue diverse direttrici, v. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006, spec. capp. I, III, IV.

gono riconosciuti a tutela del mercato; 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, questa volta per dirimere la lite insorta tra i privati.

La logica conseguenza di questo assetto è che il provvedimento dell'Autorità non sia condizione di procedibilità dell'accertamento da parte del giudice ordinario²²; diversamente, si finirebbe per cancellare la possibilità dell'applicazione immediata della disciplina della concorrenza nell'ambito della tutela civile. E che non sia corretto neppure parlare di vincolo, salvo disapplicazione, del giudice civile ai provvedimenti del Garante²³; e ciò, sia perché il vincolo si giustificerebbe solo per il supposto pregiudizio all'unità dell'ordinamento e alla certezza del diritto che altrimenti potrebbe verificarsi, ma non ha alcuna ragion d'essere, 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.

All'esclusione dell'esistenza di un vincolo vero e proprio non si accompagna, però, la negazione di qualsiasi efficacia delle risultanze del-

²² Al contrario, secondo G. Oppo, *Costituzione e diritto privato nella «tutela della concorrenza»*, (già pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 513 ss., ed ora) in *Id.*, *Principi e problemi del diritto privato. Scritti giuridici*, VI, Padova, 2000, p. 87 ss., spec. p. 95, l'intervento dell'Autorità sarebbe necessario ad integrare la fattispecie della nullità dell'operazione, perché ne dichiara l'illiceità. Secondo l'a., «un miglior coordinamento tra potere dell'Autorità e potere del giudice si ottiene, riconoscendo che l'esercizio del primo funge da presupposto dell'esercizio del secondo» 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»). Ad avviso di G. Oppo, o.c., p. 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 G. De Minico, *Profili della tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Jus*, 1996, p. 375 ss.

²³ Nel senso, invece, dell'esistenza di un vincolo sull'operato del giudice civile, M. LIBERTINI, *Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 649 ss., ad avviso del quale, qualora l'Autorità si sia già pronunciata e i fatti che ha posto a 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.

l'operato delle Autorità, dato che all'*Authority* si riconosce il possesso di strumenti più affinati, e di maggiori risorse, nella ricostruzione delle dinamiche di mercato.

Lo sforzo degli interpreti è così volto ad assicurare l'utilizzazione, almeno in chiave probatoria, degli accertamenti dell'Autorità, attraverso forme di sospensione rimesse alla valutazione discrezionale del giudice, sul modello di quanto prevede l'art. 16, reg. CE n. 1 del 2003 per il diritto europeo della concorrenza. Non una sospensione necessaria, quale quella prevista dall'art. 295 c.p.c., dal momento che la sospensione non potrebbe operare rispetto al procedimento amministrativo che si svolge dinanzi al Garante²⁴, ma una sospensione discrezionale, analoga a quella che l'art. 140 bis c. cons. oggi prevede, per i soli illeciti seriali a danno del consumatore e l'azione di classe da quelli originata, laddove stabilisce che il tribunale, all'esito della prima udienza, possa «sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo».

Sospensione – per la quale è difficile trovare agganci testuali, al di là dell'art. 140 bis c. cons., e che taluno²⁵ ha cercato di ricollegare (ma per l'ipotesi in cui la decisione dell'Autorità sia stata almeno impugnata dinanzi al giudice amministrativo) all'art. 337 c.p.c.²⁶ – alla quale poi dovrebbe seguire appunto l'acquisizione, come prova «privilegiata» del provvedimento dell'AGCM in relazione alla sussistenza dell'illecito, nonché, nei limiti in cui ciò è possibile senza violazione dei principi del processo²⁷, delle prove raccolte dall'Autorità.

Un'accezione, quella di prova «privilegiata», che, occorre ripetere,

²⁴ Peraltro, anche per quanto attiene ai rapporti tra provvedimento del giudice amministrativo investito del giudizio di legittimità della sanzione antitrust e giudizio dinanzi al giudice ordinario, le cose non cambiano: 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 originario), 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 insuscettibile di estensioni dell'efficacia del giudicato.

²⁵ Ciò, assumendo come ipotesi di lavoro che non sussistano ostacoli sistematici quantomeno ad un'interpretazione estensiva o analogica delle ipotesi di sospensione discrezionale positivamente regolate: ma sul punto v. le considerazioni di G. Trisorio LUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, p. 484 ss.

²⁶ M. NEGRI, *Giurisdizione*, cit., p. 130 ss.

²⁷ M. NEGRI, o.c., p. 154 ss.

qui è tutt'altro che chiara, perché impiegata in vicende diverse da quelle in cui di solito l'espressione «prova privilegiata» o «fede privilegiata» ricorre, e con la quale probabilmente si vuole soltanto alludere al fatto che il giudice non possa liberamente disattendere la prova, debitamente motivando, come avverrebbe con una consulenza tecnica d'ufficio, ma possa discostarsene solo in presenza di una particolare forza della prova contraria richiesta alla parte contro cui le risultanze istruttorie e il provvedimento dell'Autorità vengano invocati. Ciò, mentre si ribadisce, peraltro, che «la corte d'appello è competente ad accertare l'effettiva sussistenza di un illecito *antitrust* in piena autonomia, senza che le eventuali determinazioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato possano condizionare la decisione del giudice ordinario, né sul piano processuale, né su quello sostanziale»²⁸.

3. Già nel 1968 Giuseppe Borrè²⁹ si interrogava sui rischi della specializzazione del giudice, ma concludeva per una prevalenza dei vantaggi sugli svantaggi. Svantaggi, perlopiù ravvisati nella possibile perdita di una visione unitaria dell'ordinamento giuridico, e nel pericolo di mancanza di terzietà in chi, intervenendo diurnamente nella dinamica conflittuale delle parti per comprenderne le ragioni sottese, rischia di divenire «troppo parente» degli interessi sui quali è chiamato ad incidere³⁰.

A fronte di questi timori, stanno gli innegabili vantaggi della specializzazione, e particolarmente di quella acquisita, come nei settori che abbiamo ricordato, grazie all'effettivo esercizio di un'attività specializzata, dove il sapere è in grado di «comunicarsi, per naturale osmosi collaborativa, dall'uno all'altro membro del gruppo»³¹.

Una specializzazione che permette al giudice di mantenere un pieno controllo sulla valutazione espressa dall'esperto, sia esso componente della sezione, consulente d'ufficio, o, come nel caso del diritto della concorrenza, autore del provvedimento che esplica valore probatorio all'interno del giudizio civile c.d. *follow on*. E che inoltre, consente una maggiore rapidità di esercizio delle funzioni giudiziarie, la riduzione del pericolo dell'errore tecnico, lo scoraggiamento delle parti dal sostenere tesi del tutto inaccettabili nell'affermazione del proprio punto di vista³².

²⁸ Cass. civ., Sez. I, 13 febbraio 2009, n. 3640, cit.

²⁹ G. BORRÈ e G. PETRELLA, *La specializzazione del giudice*, in *Il Ponte*, 1968, p. 866 ss.

³⁰ Così, a proposito del processo minorile, A. PROTO PISANI, *Garanzia del giusto processo e garanzia di tutela dei minori*, in *Quest. giust.*, 2000, n. 3, nota 1.

³¹ G. BORRÈ e G. PETRELLA, o.c., p. 871.

³² G. BORRÈ e G. PETRELLA, o.c., p. 867.

A ben vedere, i vantaggi della specializzazione sono anche il possibile correttivo ai timori espressi da Borrè.

Il problema dell'eventuale perdita di terzietà può essere contenuto evitando che l'organo giudicante sia troppo vicino alle parti nell'esprimere le proprie valutazioni, e facendo sì, invece, che sia in grado di esercitare, proprio grazie alla propria preparazione, un pieno controllo sui risultati della valutazione tecnica altrui (la specializzazione del giudice non esclude, infatti, la necessità del consulente: del resto, neppure la presenza del componente laico delle sezioni specializzate dovrebbe rendere superfluo il ricorso alla CTU, pena un *deficit* di controllo, per le parti, in merito al percorso compiuto dall'esperto).

Tale controllo sui risultati è assicurato da una compiuta predeterminazione delle regole attraverso le quali il sapere tecnico entra nel processo, in un contraddittorio, tecnico anch'esso, da condursi da parte di un giudice che riesca a svolgere davvero il ruolo di *peritus peritorem*.

Se la comprensione della materia da parte del giudice è tale da consentirgli di affermare la supremazia del libero convincimento (non certo la sostituibilità del proprio sapere scientifico a quello del consulente, dato che, ad ogni buon conto, il giudice anche più specializzato è comunque soprattutto un selettore di saperi altrui), di individuare le questioni tecniche per la cui soluzione è necessario il ricorso all'esperto, di formulare un quesito corretto e mirato, di scegliere il consulente adeguato, di sottoporre le conclusioni dell'esperto ad un attento vaglio critico³³, si avrà una sufficiente garanzia che il processo conduca ad un risultato in cui il giudice non si appiattirà sulle valutazioni dell'ausiliare, né pretenderà di sostituirsi ad esso, ma neppure perderà l'equidistanza dalle parti in lite.

Quanto alla preoccupazione della perdita di una visione unitaria dell'ordinamento giuridico, insita in ogni forma di specializzazione, è sufficiente osservare³⁴ che la frequentazione continua di un determinato tipo di controversie non dovrebbe mai implicare una frammentazione della cultura giuridica, ma produrre, semmai, l'aggiunta, alla normale preparazione, di quel *quid pluris* che consente all'operatore di comprendere meglio le peculiarità della fattispecie che ha davanti, senza rinunciare, al tempo stesso, alla possibilità di collocare la vicenda

³³ Per l'indicazione dei criteri ai quali, nei processi in materia di concorrenza, debbono essere sottoposte le conclusioni dell'esperto, in particolare nel caso di conflitto con le conclusioni dei consulenti di parte, in linea coi criteri indicati nella sentenza Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579/1993, v. G. MUSCOLO, *Criteri*, cit., p. 239 ss.

³⁴ V., ancora, G. BORRÈ e G. PETRELLA, o.c., p. 868.

all'interno del sistema e di coglierne le eventuali relazioni con gli istinti limitrofi. La frammentazione della cultura giuridica è, semmai, un aspetto degenerativo della specializzazione, dato che della vera professionalità fa parte anche la capacità di capire come lo specifico settore di competenza si situi nel contesto generale. In questa chiave, la professionalità «non implica steccati; al contrario, richiede apertura mentale e volontà di continuo dialogo con saperi diversi»³⁵, oltre che – aggiungerei – con tutte le aree del sapere giuridico.

Superati i timori che accompagnano la creazione di forme di specializzazione, la direzione presa dall'ordinamento negli ultimi vent'anni può allora essere vista con favore, a patto che, per un verso, si cerchi di razionalizzare la distribuzione delle competenze nelle materie esaminate, evitando competenze troppo frastagliate; per altro verso, si arrivi a chiarire meglio il rapporto tra amministrazione e giurisdizione³⁶, e si adottino una particolare cautela nel ricorso, da parte del giudice civile, all'idea di una prova privilegiata che scarica sul convenuto l'onere di dar prova dell'inesistenza dell'illecito, senza considerare che, da un lato, i procedimenti dinanzi all'Autorità raramente si concludono con un'archiviazione della denuncia, quasi per un fenomeno di *path dependence*; dall'altro, che anche quando i provvedimenti del Garante sono impugnati dinanzi al giudice amministrativo, e sottoposti a riesame, l'istruttoria dinanzi a questi non è veramente piena, nonostante il rafforzamento degli strumenti probatori voluto dalle riforme, ma è di fatto limitata ad un controllo dei presupposti di fatto sui quali l'esercizio del potere si è basato.

³⁵ R. RORDONE, o.c., p. 269.

³⁶ Sui rischi collegati poi all'ampliamento dei poteri delle *Autorities*, e ad una «larsata e strisciante espropriazione del giudice ordinario della cognizione sulle domande finalizzate al ristoro di posizioni individuali aventi tipica consistenza di diritto soggettivo» in un settore, quello delle pratiche commerciali scorrette, in cui l'ordinamento ha scelto di cumulare, in capo all'AGCM, le competenze alla repressione dei diversi illeciti incidenti sulla concorrenza (espropriazione che si ha quando l'Autorità interviene non soltanto per tutelare gli interessi generali e diffusi alla correttezza della lotta concorrenziale, ma per risolvere conflitti interindividuali), v. le considerazioni di G. GUZZI, *Il divieto delle pratiche commerciali scorrette tra tutela del consumatore, tutela del concorrente e tutela del mercato: nuove prospettive (con qualche inquietudine) nella disciplina della concorrenza sleale*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, p. 1125 ss.

MAURO ORLANDI

ANALOGIA E PRINCIPI

SOMMARIO: 1. Fine del diritto? – 2. Normalità del diritto. – 3. *Auctoritas* e *potestas*. – 4. Giudizio conformativo e giudizio valutativo. – 5. Legalità e giustizia. – 6. Verso il giusrealismo della decisione. – 7. *Segue*: principio di concretezza. Il diritto *a posteriori*. – 8. Fine della scienza giuridica?

1. La domanda suona sinistra sulla prima di un recente volume¹.

Giuristi, storici e filosofi, chiamati a misurarsi sull'escatologia giuridica della contemporaneità, offrono per vie analoghe una rassicurante risposta negativa. No, il diritto non è finito; in via di estinzione sarebbe un diritto: il diritto lineare e semplice che regolava e normalizzava il mondo weberiano. Cambiano bensì le fonti del diritto e i modi della sua applicazione, la quale non può che fare i conti con la (fatidica) complessità dell'oggi globalizzato.

Dal primo lato, le fonti non sarebbero più ordinabili secondo un criterio gerarchico, e si susseguirebbero e sovrapporrebbero in linea orizzontale e diacronica, ultra e intra-statale². Dal secondo lato, il diritto sarebbe concepito non già *ex ante* bensì *ex post*³, come l'esito di

¹ P. Rossi, (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009.

² La razionalità di origine romanistica – avverte S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in *Fine del diritto?*, cit., p. 34 – era andata evolvendo con l'affermazione dello Stato unico produttore di norme, verice di un ordine gerarchico, titolare di un potere esclusivo. Ora invece accanto e sopra lo Stato vi sono altri poteri, che producono a loro volta norme; all'assetto gerarchico si affiancano altre figure organizzative (si pensi alle formule della leale cooperazione e del *judicial dialogue*); l'esclusività degli ordini giuridici è recessiva, essendo sostituita dall'interpenetrazione.

³ Per Max Weber l'impresa ha bisogno di una giustizia e di un'amministrazione «il cui funzionamento possa [...] venire calcolato razionalmente in base a norme generali precise»; «un diritto che possa venire calcolato come una macchina». «Il diritto al quale fa riferimento Weber – nota ancora Cassese, o.c. – è un diritto statuito *ex ante*; oggi il diritto è, in larga parte, frutto della ricerca *ex post* tra insiemi di regole disparate, che derivano dalla moltiplicazione dei centri produttori di norme».