

ALBERTO A. ROMANO
Ordinario dell'Università Cattolica del Sacro Cuore

L'ATTUAZIONE DELLE REGOLE DI CONCORRENZA
FRA *PRIVATE* E *PUBLIC ENFORCEMENT*:
CONTRO IL VINCOLO DEL GIUDICE CIVILE
ALLE DECISIONI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

SOMMARIO: 1. Premessa intorno ad alcuni problemi di diritto processuale civile generati dalla diffusione delle autorità amministrative indipendenti. Il diritto della concorrenza come laboratorio privilegiato per un loro esame critico. – 2. Sguardo d'insieme delle disposizioni di armonizzazione processuale dettate per coordinare il *public* ed il *private enforcement* del diritto della concorrenza, in conformità alle indicazioni del legislatore europeo. – 3. Esame critico delle disposizioni in materia di circolazione delle prove. – 4. Il problema dell'efficacia delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza nei giudizi di risarcimento dei danni: due diverse soluzioni, a seconda della provenienza della decisione. – 5. I vincoli di cosa giudicata e di prova legale prodotti dalla decisione dell'autorità garante nazionale. – 6. Il carattere eccezionale dell'art. 7, comma 1°, d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. – 7. Esame critico dei vincoli imposti dall'art. 7, comma 1°: le *rationes* ispiratrici. – 8. Segue: i dubbi concernenti la pienezza del sindacato del giudice amministrativo ed il parziale sacrificio della nomofilachia. – 9. Segue: le difficoltà applicative della disposizione. – 10. Segue: complessiva inopportunità. – 11. Esame critico dell'art. 7, comma 2°, d. lgs. cit.: il carattere eccezionale dell'uso della sentenza come prova e le ragioni della sua complessiva opportunità. – 12. Conclusioni.

1. – È cosa nota che, fra le ricadute della complessità sempre maggiore delle interazioni sociali che distingue l'epoca contem-

poranea, si registra, nel campo del diritto, il fenomeno, ancora relativamente fluido, della diffusione delle c.d. autorità amministrative indipendenti.

Sono infatti ormai numerosissimi i settori dell'ordinamento giuridico – tutti notevoli per rilevanza economica, sostanza tecnica ed irredimibile intreccio di interessi privati e pubblici – che i legislatori moderni vanno sottraendo ai modelli di disciplina tradizionali, rimessi alla combinazione di strumenti di diritto civile e di diritto penale ed alla tutela esclusiva del giudice ordinario, o piuttosto alla gestione diretta della pubblica amministrazione ed al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo sopra di essa, ritenendo non a torto che questi modelli si mostrino oggi affatto inadeguati a quei settori. Si preferisce perciò l'istituzione di autorità o agenzie sì pubbliche, ma dotate di larga autonomia di fronte al potere esecutivo, oltre che di elevata professionalità e preparazione, alle quali si affidano funzioni normative, di vigilanza e sanzionatorie, onde meglio disporle alla più pronta, efficiente ed equa composizione degli interessi in gioco nel settore considerato, privati o pubblici che siano¹.

La circostanza genera, a sua volta, dal punto di vista processuale, problemi se non interamente nuovi per tipo, certo nuovi quanto a frequenza ed estensione. Crescono infatti proporzionalmente, col diffondersi delle autorità amministrative indipendenti, oltre alle occasioni di interferenza tra il diritto privato ed il diritto pubblico², le occasioni di interferenza tra la cognizione del giudice ordinario e la cognizione del giudice amministrativo. Soprattutto non è raro che le funzioni sanzionatorie attribuite all'autorità indipendente perseguano violazioni di norme impe-

¹ In tema, v. fra i moltissimi SANINO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti*, Milano, 2019; TIRIO, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino, 2012.

² Sui mutevoli confini dei quali v. di recente, anche per indicazioni ulteriori, SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, spec. p. 103.

rative che costituiscono, proprio e solo in quanto tali, anche fonte di responsabilità nei rapporti tra privati, ora di natura contrattuale ed ora di natura aquiliana. Giacché poi quelle funzioni sono di regola assolute per mezzo di provvedimenti adottati dall'autorità all'esito di trattazione ed istruzione in contraddittorio coll'autore della violazione, e soggetti a gravame dinanzi al giudice amministrativo, ecco che un medesimo comportamento ben può venire a formare oggetto di distinti accertamenti istruttori e valutazioni giuridiche così dinanzi all'autorità indipendente, come al giudice ordinario, o a quello speciale, ovvero perfino dinanzi a ciascuno di essi.

Il coordinamento fra questi accertamenti e valutazioni non è affare da poco. Le soluzioni processuali classiche faticano ad offrire al riguardo risposte sempre soddisfacenti, sia perché i poteri sanzionatori esercitati dalle autorità indipendenti, se pur non possono ricondursi alla giurisdizione, non sono nemmeno facili da ridurre ad amministrazione³; sia e ancor più perché tali soluzioni risultano informate a principi di generale autarchia e, particolarmente tra procedimenti amministrativi ed ordinari, ostano a ritenere i giudicati resi negli uni vincolanti negli altri, o capaci negli altri di far almeno da prova di quanto vi sia stato accertato: mentre il dinamismo e la delicatezza dei settori in cui operano le autorità indipendenti, con la frenesia inevitabile della modernità, mal tollerano i tempi più lunghi, ed in qualche caso le incoerenze tra pronunce, che quell'autarchia comporta nella definizione delle liti e nella pacificazione dei conflitti.

Il miglior laboratorio ove saggiare le tensioni e le difficoltà cui si è appena fatto cenno è probabilmente rappresentato dal diritto della concorrenza. È in esso, infatti, che la necessità di coordinare accertamenti e decisioni formati in seno ad organi diversi si è manifestata con maggior veemenza negli ultimi de-

³ Per rilievi e riff. v. fra i moltissimi LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, p. 17.

cenni, acuita peraltro dalla dimensione globale dei mercati e dalla comunitarizzazione delle regole antitrust, che sovente arruolano, nelle indagini sopra una stessa violazione, non solo le autorità amministrative ed i giudici nazionali, ma anche autorità amministrative e giudici stranieri o sovranazionali; e, più ancora, è in esso che il nostro legislatore, proprio in ottemperanza a stringenti direttive dell'Unione europea, ha da poco varato una disciplina dei rapporti fra procedimenti che si svolgono davanti alle autorità indipendenti e davanti agli organi giurisdizionali ispirata a criteri radicalmente innovativi⁴.

Le pagine che seguono hanno a principale oggetto il cuore di questa disciplina, ch'è costituito dalle norme che governano gli effetti delle decisioni di accertamento di una violazione concorrenziale, pronunciate da autorità amministrative indipendenti, nelle azioni di risarcimento del danno tra privati. Il loro intento

⁴ In generale, tra i soli studi di prospettiva processualcivilistica, v. per tutti DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive nella dimensione processuale che sta al cuore del private antitrust enforcement*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 523; FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della direttiva 2014/104/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 415; NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative nel processo civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 476; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 991; P. COMOGLIO, *Sanzioni antitrust e azioni risarcitorie. Verso nuove forme di giudicato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 195; DE SANTIS, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1495; VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 1153; RORDORF, *Il ruolo del giudice e quello dell'autorità garante della concorrenza e del mercato nel risarcimento del danno antitrust*, in *Società*, 2014, p. 784. Per un'ampia indagine sullo stato dell'arte in materia prima delle novità del 2014, non meno che per ogni ragguaglio bibliografico in argomento, v. spec. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, I-II, Torino, 2006-2012.

non è tuttavia quello di un esame di dettaglio di tali norme e dei molti quesiti applicativi da esse suscitati, ch'è esame per il quale non basterebbe certo il breve spazio di una relazione, e ch'è d'altronde già stato molto ben condotto da tanti studiosi in Italia e all'estero. Piuttosto, queste pagine mirano ad una riflessione critica intorno alle scelte di fondo della nuova disciplina, con la modesta ambizione di metterle a confronto coi principi del diritto processuale comune, di additarne alcuni aspetti inopportuni e di indurre cautela nel sostenerne, *de iure condendo* o per via di interpretazione, l'esportazione in altri settori nei quali agiscono autorità amministrative indipendenti.

2. – Benché non manchi qualche isolata voce in senso contrario, si ritiene oggi che il miglior modo per far rispettare le regole di concorrenza passi attraverso le autonome eppur convergenti iniziative di un'autorità indipendente e dei singoli privati interessati. Accade così che i legislatori istituiscano un'agenzia pubblica col compito, tra gli altri, di presidiare l'osservanza delle norme concorrenziali, prevenendone, rilevandone e punendone le violazioni (c.d. *public enforcement*); e nel contempo riconoscano, a coloro che dalle violazioni abbiano ricevuto danno, il diritto soggettivo di vederselo risarcito, incoraggiandone anzi e premiandone variamente la tutela in giudizio, in forma individuale o collettiva (c.d. *private enforcement*): le azioni risarcitorie dei privati, mentre perseguono l'obiettivo particolare della compensazione dei singoli pregiudizi, servono perciò anche ad un più generale obiettivo di prevenzione e deterrenza.

Public e private enforcement sono insomma complementari; e la loro efficiente complementarità, si capisce, richiede efficienti norme di integrazione e coordinamento tra l'uno e l'altro. Or non è molto, a questo ha cercato di provvedere l'Unione europea, nell'esercizio delle proprie competenze in materia di concorrenza nel mercato interno agli Stati membri (artt. 3-4, 101 ss. TFUE). Da un canto, operando sul piano del *public enforcement*,

il legislatore europeo ha rafforzato la collaborazione tra le diverse autorità nazionali garanti della concorrenza negli Stati membri, nonché tra queste e la Commissione europea, organizzandole in una «rete» coesa in cui sono agevolati consultazione, scambi di informazioni ed assistenza reciproca; sono definiti i rispettivi ruoli nei casi di violazione di regole concorrenziali comunitarie; e sono stabiliti elevati standard minimi di indipendenza, risorse, capacità d'indagine e poteri sanzionatori per ciascuna *authority* (si confrontino soprattutto il reg. CE n. 1/2003, del 16 dicembre 2002 e la dir. 2019/1/UE, dell'11 dicembre 2018)⁵. D'altro canto, operando sul piano del *private enforcement*, il medesimo legislatore ha assicurato il diritto al risarcimento in capo a chiunque abbia subito danni per via della violazione di regole di concorrenza comunitarie o nazionali, uniformandone plurimi tratti di disciplina, ad esempio in punto di quantificazione, responsabilità solidale, eccezioni di prescrizione e di trasferimento, ed incentivandone l'effettiva ed equivalente tutela dinanzi alle giurisdizioni civili dei diversi Stati membri (ciò, in particolare, attraverso la dir. 2014/104/UE, del 26 novembre 2014). D'altro canto ancora, operando appunto sul piano del coordinamento tra *public* e *private enforcement*, il legislatore dell'Unione ha dettato disposizioni in tema di circolazione delle prove fra i procedimenti amministrativi e giurisdizionali, nonché in tema di efficacia, dinanzi al giudice civile, delle decisioni deliberate dalle autorità garanti.

Questo abbozzo molto sommario già consente, peraltro, un banale rilievo preliminare. Se pure avrebbe potuto tentare strade differenti, il legislatore europeo, onde rendere vicendevolmente più solidi il *public* ed il *private enforcement*, ha imboccato con

⁵ A tale direttiva è stata di recente data attuazione con d. lgs. 8 novembre 2021, n. 185, giusta i principi e criteri direttivi stabiliti con art. 6 legge 22 aprile 2021, n. 53.

decisione la via del processo⁶: via per lui non abituale, in fatto d'armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri, nota essendo la sua parsimonia, descritta eppur raccomandata dalla Corte di giustizia fin dalla giurisprudenza Rewe⁷, nel sollecitare, o come nella specie nell'imporre, l'adozione di regole di diritto processuale.

È sulle scelte di fondo di queste regole, precorse dagli artt. 15 e 16 reg. CE n. 1/2003 e previste dagli artt. 6-9 dir. 2014/104/UE, nella forma data ad esse dal nostro legislatore, in sede di loro recepimento in Italia, con gli artt. 4-7 d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3⁸, che si concentrerà, nei paragrafi seguenti, la riflessione critica promessa poc'anzi: limitata, è giusto avvertirne subito, ad un punto di vista essenzialmente italiano, in ragione delle modeste conoscenze di diritto straniero e comparato di chi scrive, eppur condotta con la sensazione che almeno alcuni dei dubbi che vi verranno manifestati possano interessare anche ordinamenti diversi dal nostro⁹.

⁶ Cfr. spec. DE CRISTOFARO, *Innovazioni e prospettive*, cit., p. 526; v. anche PORENA, *Rilievi ed osservazioni, in prospettiva costituzionale, sul d. lgs. n. 3/2017 (attuazione della direttiva 2014/104/UE in materia di private enforcement). Il ruolo della giurisdizione nazionale: dalla soggezione del giudice soltanto alla legge alla soggezione del giudice alla legge ... ed all'autorità antitrust?*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018, p. 7.

⁷ CGE, 16 dicembre 1976, in C-33/76, Rewe Zentralfinanz, spec. § 5; in arg. CARRATTA, *Libertà fondamentali del Trattato UE e processo civile*, *Riv. dir. proc.* 2015, spec. p. 1402, 1405.

⁸ Il testo ufficiale con note è in G.U., 19 gennaio 2017, serie gen., n. 15; relazione illustrativa e allegati tecnici sono variamente reperibili in rete (v. ad es. http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0350_F001.pdf&leg=XVII).

⁹ Per una prima informazione comparatistica e per ultt. riff., si consenta qui di limitarsi al rinvio ai preziosi contributi raccolti nel volume *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive di mercato*, a cura di Benacchio e Carpagnano, Napoli, 2019.

3. – Sulle regole dettate in materia di circolazione delle prove, non vi è davvero ragione di lungo esame.

Adeguandosi alle direttive unionali, il legislatore ha anzitutto ridefinito, in relazione alle controversie di risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza, i limiti dell'ordine di esibizione, ampliandoli rispetto alle norme comuni previste dal codice. La disciplina speciale¹⁰ si accontenta infatti della rilevanza delle prove da esibire, là dove normalmente si esige che l'acquisizione al processo ne sia addirittura necessaria (si confrontino, rispettivamente, l'art. 3, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017, e gli artt. 210, comma 1°, e 118, comma 1°, c.p.c.); ammette che l'istante designi dette prove «per categoria», mentre nel codice se ne esige la specifica individuazione (art. 3, comma 2°, d. lgs. n. 3/2017 ed art. 94 disp. att. c.p.c.)¹¹; è conseguentemente meno severa nel pretendere dall'istante la dimostrazione dell'esistenza, presso il destinatario dell'ordine, delle prove che debbono formarne oggetto (art. 3, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017 ed art. 94 disp. att. c.p.c.); protegge, sì, i documenti coperti dal segreto professionale o d'ufficio, non però fino al punto da vietarne sempre l'esibizione, come per solito avviene al lume delle norme comuni, bensì disponendo misure affinché le informazioni riservate possano utilizzarsi in giudizio senza filtrarne al di fuori (art. 3, commi 3°, 4° e 6°, d. lgs. n.

¹⁰ Sull'esatta individuazione dei limiti di applicabilità di tale disciplina, quanto in particolare alle norme concorrenziali che debbono assumersi violate, alla possibilità di estendere le nuove regole alle azioni collettive ed a quelle che non abbiano ad oggetto *petita* strettamente risarcitori, nonché ai tipi di prova che possono formare oggetto di esibizione, v. in dettaglio FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione*, cit., p. 418, 427, 430.

¹¹ Cfr. però già l'art. 2711 c.c.: in arg. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit., p. 1160; Trib. Milano, 27 giugno 2018, in *Corr. giur.*, 2020, p. 401, con nota di FABBI, *Prime applicazioni da parte del Tribunale di Milano del d. lgs. n. 3/2017 sul private enforcement in materia antitrust*.

3/2017, ed artt. 210, comma 1°, e 118, comma 1°, c.p.c.)¹²; e difende l'effettività dell'ordine di esibizione, minacciando a carico del destinatario, per il caso di sua inottemperanza, sanzioni pecuniarie e probatorie¹³ ben più gravose e persuasive di quelle ordinarie (art. 6, commi 1°, 2°, 5° e 6°, d. lgs. n. 3/2017, ed artt. 210, comma 1°, e 118, commi 2° e 3°, c.p.c.).

Inoltre, ciò ch'è più rilevante ai nostri fini, la nuova disciplina speciale di ispirazione europea prevede che, sempre in relazione alle controversie di risarcimento del danno da violazione del diritto antitrust, l'ordine di esibizione possa anche esser rivolto all'autorità garante della concorrenza¹⁴ ed avere ad oggetto «prove contenute nel fascicolo» di quest'ultima: prove, cioè, che l'autorità garante abbia raccolto o formato nel corso di un procedimento amministrativo dinanzi a sé, e che «né le parti né i terzi sono ragionevolmente in grado di fornire» (art. 4, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017)¹⁵.

Non tutte le prove contenute nel fascicolo dell'autorità possono, è vero, esser acquisite in tal modo. La legge le ripartisce allo scopo in tre specie: della prima, che comprende le dichiarazioni legate ad un programma di clemenza e le proposte di transazione, l'acquisizione non è mai consentita (c.d. *black list*: artt. 4, comma 5°, e 2, comma 1°, lett. *n* e *p*, d. lgs. n. 3/2017)¹⁶; del-

¹² Cfr. però già l'art. 211 c.p.c.: in arg. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione*, cit., p. 441.

¹³ Diff. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione*, cit., p. 474.

¹⁴ Italiana o di altro Stato membro: cfr. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione*, cit., p. 454; l'espressione comprende inoltre la Commissione europea (v. art. 2, comma 1°, lett. *e*, d. lgs. n. 3/2017).

¹⁵ In tema, v. ancora Trib. Milano, 27 giugno 2018, cit.; FABBI, *Prime applicazioni*, cit., p. 405.

¹⁶ Per qualche precisazione di dettaglio su questi tipi di prova, nonché per indicazioni sulle verifiche che il giudice è chiamato a fare dall'art. 4, comma 5°, ove sorga contrasto sull'esatto inquadramento di uno o più documenti nella *black list*, v. ancora FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione*, cit., p. 460.

la seconda, che comprende le «informazioni rese» nel corso del procedimento¹⁷, le «informazioni» ivi «redatte e comunicate» dall'autorità alle parti¹⁸, ed ancora le proposte di transazione che il proponente abbia nel frattempo revocato, l'acquisizione è ammessa solo dopo che il procedimento sia concluso (c.d. *grey list*: art. 4, comma 4°)¹⁹; della terza specie, che comprende ogni altra prova, e particolarmente i documenti che preesistevano al procedimento e che l'autorità ha reperito durante le indagini, l'acquisizione non incontra invece alcun limite tipologico (c.d. *white list*: artt. 4, comma 6°, e 2, comma 1°, lett. o)²⁰.

¹⁷ La formula parrebbe ad es. includere le memorie scritte ed i pareri di cui è menzione nell'art. 14, comma 1°, legge 10 ottobre 1990, n. 287, e nell'art. 7, comma 2°, lett. a, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (si tratta del «regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'autorità garante della concorrenza e del mercato»); le informazioni raccolte ex art. 14, commi 2°, 2 *bis*, e 2 *quater*, legge cit. ed ex art. 8, comma 2°, d.P.R. cit.; le memorie di parte successive alla comunicazione dei risultati dell'istruttoria (art. 14, comma 4°, d.P.R. cit.); *et similia*.

¹⁸ La formula ragionevolmente comprende il provvedimento d'avvio dell'istruttoria (art. 6 d.P.R. n. 217/1998), le richieste di informazione ed esibizione da parte dell'autorità (art. 14, comma 2°, legge n. 287/1990 e art. 9 d.P.R. cit.), le ispezioni da essa condotte, nonché le perizie e le analisi statistiche dalla medesima commissionate (art. 14, comma 2 *ter*, legge cit. ed artt. 10 e 11 d.P.R. cit.), la comunicazione dei risultati dell'istruttoria (art. 14, commi 2° e 3°, d.P.R. cit.) ecc.

¹⁹ Precisazioni su questi tipi di prova in FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione*, cit., p. 458. Nei casi di cui all'art. 4, comma 4°, è altresì previsto che il giudice civile possa sospendere la causa risarcitoria fino alla conclusione del procedimento amministrativo dinanzi all'autorità: v. art. 4, comma 8°, d. lgs. n. 3/2017; *infra*, nt. 44.

²⁰ È qui appena il caso di segnalare che, nella parte in cui consente di acquisire al giudizio prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante, il d. lgs. n. 3/2017 certamente non pregiudica l'accesso alle medesime prove in via amministrativa, giusta il reg. CE n. 1049/2001, del 30 maggio 2001 (v. cons. 20 e art. 6, comma 2°, dir. 2014/104/UE; FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione*, cit., p. 467), ovvero a' sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nei limiti discussi in cui essa sia applicabile nei confronti dell'autorità garante italiana: cfr. art. 13 n. 217/1998; T.a.r. Lazio-Roma, 21 dicembre 2021, n.

Anche sotto questo profilo, nondimeno, e pur nel necessario rispetto dei limiti appena accennati, la nuova disciplina consente al danneggiato di ottenere di più, e con miglior agio, di quanto egli otterrebbe per mezzo di un'istanza di esibizione rivolta verso l'autorità garante a norma dell'art. 210 c.p.c., perché è pacifico che le meno esigenti condizioni di cui all'art. 3 d. lgs. n. 3/2017, più sopra confrontate con la disciplina comune, giovino altresì all'istante che ricerchi prove contenute nel fascicolo del procedimento amministrativo²¹; o ancora di quanto egli otterrebbe per mezzo di una richiesta di informazioni scritte alla medesima autorità a norma dell'art. 213 c.p.c., giacché tale richiesta, si ritiene dai più, soggiace a requisiti perfino più rigorosi di quelli dell'art. 210 c.p.c.²², e di sicuro ha un oggetto assai più circoscritto di quello dell'art. 4 d. lgs. cit., potendo aspirare solo ad informazioni appositamente rilasciate, della cui efficacia pro-

13214, in www.onelegale.wolterskluwer.it). Nondimeno, occorre pure segnalare come l'art. 5 d. lgs. n. 3/2017 stabilisca che, se le prove eventualmente ottenute in via amministrativa rientrano, per tipo, nella lista nera o in quella grigia di cui al citato art. 4, commi 4° e 5°, i limiti previsti da quest'ultimo per il loro utilizzo in giudizio operano identicamente; e che, se invece le prove ottenute in via amministrativa rientrano nella lista bianca dell'art. 4, comma 6°, esse sono utilizzabili in giudizio solo dalla parte che le ha ottenute o dal suo successore, e non da altri soggetti (sui rapporti tra l'accesso ai documenti in via amministrativa e l'esibizione di diritto comune, v. da ultimo Cons. Stato, ad plen., 25 settembre 2020, n. 19, in *Giur. it.*, 2020, p. 2604).

²¹ Lo dispone testualmente l'art. 4, comma 2°, d. lgs. n. 3/2017: «il giudice ordina l'esibizione di prove contenute nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza a norma dell'art. 3 e secondo quanto disposto dal presente articolo».

²² Particolarmente quanto alla necessità dell'impiego del mezzo ed alla specifica individuazione degli atti e documenti cui le informazioni richieste debbono riferirsi: v. per tutti L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*³, Milanofiori Assago, 2010, p. 793.

batoria peraltro molto si discute²³, ma non anche ad atti e documenti²⁴ differenti.

La *ratio* ispiratrice delle novità introdotte è a questo punto assai chiara²⁵. La legge intende facilitare la tutela privata del danneggiato, il quale, nel peculiare caso del danno antitrust, è di regola un soggetto economicamente più debole dei danneggianti, affatto estraneo alle loro intese e segrete macchinazioni anti-concorrenziali, pochissimo provveduto dei mezzi e mai dei poteri d'indagine utili a svelarle, spesso incapace di affrontare da solo le complesse analisi fattuali ed economiche necessarie per dimostrare e quantificare i pregiudizi patiti. Tra danneggiati e danneggianti si manifesta, in altri termini, l'*impasse* generalmente nota come «asimmetria informativa», cui le nuove disposizioni mirano a rimediare rendendo più semplice, per l'attore, l'accesso alle conoscenze ed ai documenti che gli occorrono onde far valere con successo il suo diritto al risarcimento: e la via più diretta, per far ciò, è parsa quella di consentire ai danneggiati d'importare, nel giudizio privato, informazioni, dati, elementi e materiali emersi in seno al più efficiente procedimento sanzionatorio pubblico.

Se così è, la scelta di fondo del legislatore dev'essere approvata senz'altro. Ad una maggiore disponibilità di prove di sicuro corrispondono migliori probabilità di giudizi di fatto corretti e dunque di decisioni giuste. La relativa sterilità degli ordini di

²³ Alternative e riferimenti in COMOGLIO, *Le prove civili*³, cit., p. 799.

²⁴ Almeno secondo l'opinione tradizionale, a' sensi dell'art. 213 c.p.c. «il giudice non è legittimato a fare di quegli stessi atti e documenti l'oggetto immediato della sua richiesta»: così ancora COMOGLIO, *Le prove civili*³, cit., p. 795.

²⁵ Nonché conforme al disegno ora perseguito dal legislatore in materia di procedimenti collettivi: cfr. spec. l'art. 840 *quinquies* c.p.c., sul quale, v. per tutti, MENGALI, *La fase istruttoria nella nuova azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2310; crit. SAIJA, *La distinzione tra public e private enforcement nel diritto antitrust: un valore da preservare*, in *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, cit., p. 129.

esibizione e delle richieste di informazioni conformi al codice di procedura civile è del resto avvertita da tempo, tanto che la nostra giurisprudenza già sosteneva, almeno per le controversie in materia di danno antitrust, la necessità di allargarne la portata in via interpretativa²⁶; né è ignoto che lo stesso legislatore, in altri ed assai delicati settori, abbia valutato opportuna l'attenuazione di certe rigidità dell'esibizione di diritto comune.

I timori che giustificano tradizionalmente tali rigidità sono d'altronde affrontati con equilibrio dalle nuove norme. La preoccupazione che siano rivelati segreti, già lo si è detto, è gestita con la previsione di misure elastiche, che il giudice è chiamato ad adattare, a seconda della situazione, onde bilanciare le opposte esigenze di riservatezza e di informazione delle due parti²⁷, senza più assegnare a priori preferenza alle prime. Il pericolo che, attraverso ordini di esibizione magari troppo ampi o «esplorativi» nei confronti dell'autorità, si possa compromettere il buon esito di un'indagine in corso, o nuocere alle prospettive di un programma di clemenza, è ovviato non per mezzo di rego-

²⁶ V. ad es. Cass., 12 novembre 2019, n. 29237, in *Dir. ind.*, 2020, p. 417, con nota di PISTILLI, *Il caso Ryanair come paradigma dell'abuso di posizione dominante nel trasporto aereo. La centralità del city-pair method ai fini del corretto accertamento del mercato rilevante*; Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, 2015, I, col. 2742; in *Dir. ind.*, 2015, p. 537, con nota di GERACI, *Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante*; in *Int'l lis*, 2015, p. 123, con nota di DE CRISTOFARO, *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*; e in *Urbanistica e appalti*, 2015, p. 1267, con nota di SANTISE, *Direttiva UE 104/2014, private enforcement e tutela della concorrenza*.

²⁷ Se l'istanza abbia ad oggetto informazioni riservate, il giudice è chiamato, dall'art. 3, comma 4^o, d. lgs. n. 3/2017, a disporre «specifiche misure di tutela tra le quali l'obbligo del segreto, la possibilità di non rendere visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata».

le universali di divieto, bensì ponendo limiti circoscritti all'acquisizione di singole e selezionate prove documentali (quelle incluse nelle liste grigie e nere dell'art. 4, commi 3° e 4°, d. lgs. cit.), e mandando al giudice di integrarli poi secondo i bisogni del caso, là dove ciò risulti necessario (dove risulti necessario, precisamente, «salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza»: così almeno si esprime l'art. 4, commi 4° e 8°, d. lgs. cit.). Il rischio, in sé forse non remotissimo, di sanzionare la mancata esibizione di documenti che in verità non esistono, parrebbe ragionevolmente prevenuto dagli spazi discrezionali lasciati all'uopo alla sensibilità del magistrato: nell'esaminare il contenuto dell'istanza, insieme agli elementi che la sostengono ed ai relativi costi, udenone in anticipo i destinatari e valutandone in tal luce la complessiva «proporzionalità» (artt. 3, commi 3° e 5°, e 4, comma 3°); nell'individuare specificamente col proprio ordine le prove o le categorie di prova da esibire (art. 3, comma 2°); ed ancora nel trarre conseguenze probatorie in danno della parte, quando questa lasci inadempito il comando a lei diretto (art. 6, comma 6°). Né varrebbe genericamente brandire, in critica al disegno legislativo di semplificazione della ricerca delle prove presso la controparte, la sua supposta incompatibilità col principio secondo cui *nemo tenetur edere contra se*, poiché questo principio, oggi peraltro piuttosto svalutato, trova solo sparsa protezione nel nostro ordinamento civile.

Non sembra, infine, che al legislatore possano venir rimproverati eccessi di disinvoltura per aver consentito la migrazione delle prove da un procedimento amministrativo ad un processo civile. Un simile passaggio desta preoccupazioni, in linea generale, quando si tratti di trasferire nel secondo prove formatesi all'interno del primo²⁸, perché il modo della loro formazione nel

²⁸ In caso contrario, se si tratti di prove e documenti che già esistevano, non vi sono problemi diversi da quelli concernenti la loro riservatezza o la loro

procedimento amministrativo potrebbe non rispettare le condizioni di contraddittorio e parità richieste al medesimo scopo nel processo civile. Nella specie, tuttavia, le preoccupazioni appaiono ingiustificate, perché, durante l'istruttoria che si svolge dinanzi all'autorità, è riconosciuto con larghezza alle parti del procedimento il potere di contraddire²⁹; e perché le prove che ne risultano, qualora siano poi importate nel giudizio civile, lungi dal costituirvi mezzi istruttori ad efficacia vincolata, sono per lo più destinate ad esservi apprezzate criticamente dal giudice³⁰,

superfluità: problemi con cui deve confrontarsi ogni ordine di esibizione e di cui si è poc'anzi già detto nel testo.

²⁹ V. spec. l'art. 14 legge n. 287/1990, pur di recente ampliato col notevole rafforzamento dei poteri d'indagine dell'autorità, e gli artt. 7-14 d.P.R. n. 217/1998. È d'altronde da tempo segnalatissima la tendenza legislativa all'espansione di «moduli» tipicamente processuali fuori del campo della giustizia (cfr. in tal senso già FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 5). Sull'istruttoria nel procedimento dinanzi all'autorità garante della concorrenza, v. da ultimo e per tutti ZIOTTI-PEREGO, *Il procedimento antitrust*, in *Diritto antitrust*, a cura di Catricalà, Cazzato e Fimmanò, Milano, 2021, p. 618 (sulla corrispondente cornice unionale tracciata con reg. CE n. 1/2003, cfr. inoltre, fra i molti, BONATTI, *La libera circolazione della prova nel nuovo regolamento europeo sulla concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 193).

³⁰ Ciò è vero, in particolare, per le «informazioni che l'autorità garante della concorrenza ha redatto e comunicato alle parti nel corso del suo procedimento», menzionate all'art. 4, comma 4°, lett. b, d. lgs. n. 3/2017 (v. *supra*, testo e nt. 18). Queste quasi mai potranno utilmente ascrivere alla categoria probatoria dell'atto pubblico, essendo prive della funzione di attestazione e documentazione *erga omnes* della verità di fatti richiesta dalla giusta esegesi dell'art. 2699 c.c. (sul punto v. in generale e per tutti PILLONI, *Dell'atto pubblico*, in *Della tutela dei diritti*, a cura di Bonilini e Chizzini, nel *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Milanofiori Assago, 2016, p. 366; COMOGLIO, *Le prove civili*³, cit., p. 432, 446). È vero che la legge assegna ai funzionari dell'autorità compiti di verbalizzazione nel corso di ispezioni o audizioni (v. spec. art. 14, comma 4°, legge n. 287/1990, e art. 18 d.P.R. n. 217/1998), ma è pure vero che l'efficacia fidefacente del relativo verbale, in teoria comunque soggetto a possibile querela di falso in via incidentale, deve intendersi rigorosamente limitata, oltre che alla provenienza del verbale, alla

con piena possibilità dialettica, per tutte le parti del processo, di argomentare al riguardo ed influire sul suo convincimento.

Dal lato delle prove, la nuova disciplina ha operato insomma in direzioni avvedute e condivisibili, ancorché due appunti minori possano probabilmente esserle mossi. Quello d'una un po' scomposta complessità d'insieme della procedura e delle valutazioni affidate al giudice, ch'è magari una conseguenza necessaria della varietà degli interessi da contemperare, ma che presso le nostre corti potrebbe facilmente significare redazione d'atti di parte lunghissimi e costosi, provvedimenti molto impegnativi, tempi ritardati, contestazioni protratte in sede di gravame, generale macchinosità. Ed ancora, quello di non aver coordinato a sufficienza l'acquisizione delle prove e l'*editio actionis*: è noto infatti che l'asimmetria informativa causa all'attore danneggiato, prim'ancora che lacune sul piano istruttorio, difficoltà di adeguata formulazione, in particolare, della *causa petendi*; sarebbero perciò state opportune previsioni espresse di maggiore tolleranza per un'allegazione iniziale ancora non del tutto precisa, ovvero per il suo aggiustamento successivo all'esibizione, le quali invece non sembrano figurare nemmeno per implicito nei testi del decreto, benché ne siano forse ricavabili se lo s'interpreti secondo la sua *ratio*³¹.

registrazione obiettiva di quanto dichiarato o constatato *in loco*, senza potersi mai estendere a giudizi, valutazioni, apprezzamenti o sintesi critiche di fatti o circostanze.

Quanto alle «informazioni rese nell'ambito di un procedimento di un'autorità della concorrenza» ed alle proposte di transazione revocate, rispettivamente prese in considerazione dall'art. 4, comma 4°, lett. *a* e *c*, d. lgs. n. 3/2017 (v. *supra*, testo e ntt. 17 e 19), ove anche provenienti dall'autore della violazione e contenenti solo dichiarazioni a lui sfavorevoli, esse costituirebbero tutt'al più confessioni stragiudiziali fatte ad un terzo: come tali, perciò, liberamente apprezzabili giusta l'art. 2735, comma 1°, c.c.

³¹ Per questa critica, nel contesto di una più ampia indagine sul fenomeno dell'asimmetria informativa, v. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa*

4. – Più lungo discorso deve farsi a proposito delle regole dettate in materia di efficacia delle decisioni delle autorità garanti della concorrenza.

Rispetto ad esse, il legislatore italiano, adeguandosi più o meno fedelmente alle indicazioni minime di quello europeo (art. 9 dir. 2014/104/UE), ha recepito la soluzione che distingue tra l'efficacia delle decisioni dell'autorità nazionale e l'efficacia delle decisioni delle autorità straniere³².

tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive, Napoli, 2018, spec. p. 93.

³² La soluzione recepita è inoltre assai simile a quella che, da tempo, nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione, vige in ordine all'efficacia delle decisioni in materia di concorrenza della Commissione europea. È noto infatti come il già citato art. 16, comma 1°, reg. CE n. 1/2003, stabilisca che, «quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'art. 81 o 82 del trattato [*i.e.*, oggi, gli artt. 101 e 102 TFUE] che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione». Nondimeno, le differenze che, pur lievi (*v. infra*, nt. 71), esistono fra i testi di tale art. 16 e dell'art. 7 d. lgs. n. 3/2017, e soprattutto le differenze che esistono fra i mezzi di impugnazione rispettivamente previsti contro le decisioni comunitarie e contro le decisioni nazionali in materia di concorrenza, sconsigliano di trattare unitariamente le due menzionate disposizioni. In questa sede, mi limito a ragionare sulla norma italiana, rinviando, per valide trattazioni dell'art. 16 reg. CE n. 1/2003, con ampi riferimenti, a MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza per le corti nazionali*, in *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, cit., p. 40; VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit., p. 1160, p. 1173; NEGRI, *Procedimenti paralleli in materia antitrust: (ir)ragionevoli corollari processuali del vincolo dei giudici nazionali alle decisioni della Commissione CE*, in *Int'l Lis*, 2009, p. 73; BIAVATI, *Il diritto processuale e la tutela dei diritti in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 106; BENACCHIO-CARPAGNANO, *L'azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, 2007, p. 37; NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., I, p. 80.

Quanto alle prime, l'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017 dispone che, ove una «violazione del diritto della concorrenza»³³ sia stata «constatata» dall'autorità nazionale con «decisione [...] non più soggetta ad impugnazione³⁴ dinanzi al giudice del ricorso» (che da noi è il giudice amministrativo)³⁵, oppure con «sentenza del giudice del ricorso passata in giudicato», essa «si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore»³⁶, nelle azioni per il risarcimento del danno promosse dinanzi al giudice civile. Tale accertamento definitivo, precisa poi la medesima norma, «riguarda la natura della violazione e la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, ma non il nesso di causalità e l'esistenza del danno».

Quanto alle seconde, dispone invece l'art. 7, comma 2°, che, ove analoga «violazione del diritto della concorrenza» sia «accertata» con «decisione definitiva» da un'autorità garante straniera, o dal «giudice del ricorso di altro Stato membro»³⁷, detta

³³ *I.e.*, essenzialmente, una violazione dell'art. 101 o 102 TFUE o del diritto nazionale della concorrenza: v. art. 2, comma 1°, lett. *b*, d. lgs. n. 3/2017, ed art. 2, comma 1°, n. 1, dir. 2014/104/UE.

³⁴ I significati dei termini «decisione» e «decisione definitiva», ai fini della norma in esame, sono illustrati nello stesso decreto, all'art. 2, comma 1°, lett. *g* e *h*.

³⁵ A mente dell'art. 2, comma 1°, lett. *f*, d. lgs. n. 3/2017, «giudice del ricorso» è, in Italia, «il giudice competente ai sensi dell'art. 33, comma 1°, legge 10 ottobre 1990, n. 287», dinanzi al quale la decisione dell'autorità può esser ordinariamente impugnata, *i.e.* appunto il giudice amministrativo (v. anche artt. 133, comma 1°, lett. *l*, e 135, comma 1°, lett. *b*, c.p.a.; in tema, problematicamente, LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della C.e.d.u. e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/UE sul private enforcement (d. lgs. n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'a.g.c.m.*, in *Federalismi.it*, n. 8/2018, p. 21).

³⁶ Intuibilmente, s'intende per tale «l'impresa o l'associazione di imprese che ha commesso la violazione del diritto della concorrenza»: v. art. 2, comma 1°, lett. *a*, d. lgs. n. 3/2017.

³⁷ V. ancora art. 2, comma 1°, lett. *f*, d. lgs. n. 3/2017; *supra*, nt. 35.

decisione «costituisce prova [...], valutabile insieme ad altre prove»: anche qui, si precisa, l'efficacia della decisione è estesa «[al]la natura della violazione e [al]la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale», ma vale nei soli «confronti dell'autore» e nelle sole azioni di risarcimento del danno anti-trust³⁸.

Già a questo primo sguardo, dunque, emerge non solo come il legislatore italiano, diversamente da altri³⁹, abbia optato per due modelli di efficacia differenti, a seconda dell'autorità di provenienza della decisione; ma pure quanto articolata e composta sia la differenza fra codesti due modelli, nei quali si mescolano variamente questioni di fatto e questioni di diritto, cosa giudicata e prova legale, giudizi capaci di vincolare e giudizi buoni piuttosto a persuadere.

All'uno ed all'altro modello conviene pertanto volgere ora separata attenzione.

5. – Benché non manchi, in dottrina, chi ne dubiti⁴⁰, io credo che sia del tutto corretto discorrere, a proposito delle decisioni

³⁸ Quest'ultima limitazione non è in verità ripetuta nell'art. 7, comma 2°, d. lgs. n. 3/2007, ma deve intendersi sistematicamente implicata dalla previsione espressa del comma 1°, nonché dall'ambito di applicazione del decreto, definito dal suo art. 1, comma 1°.

³⁹ È ad esempio rilievo comune che in Germania, nella legge contro le limitazioni della concorrenza (c.d. *GWB*), il legislatore abbia optato per una soluzione unitaria, rendendo identicamente efficaci le decisioni di tutte le autorità garanti della concorrenza degli Stati membri, come d'altronde è certo consentito dall'art. 9, comma 2°, dir. 2014/104/UE (che, per le decisioni di autorità straniere, esige un'efficacia «almeno a titolo di prova *prima facie*», senza escludere un'efficacia maggiore; v. anche cons. 35): così dispone attualmente il § 33b *GWB* (in tema, v. per tutti LOEWENHEIM-MEESSEN-RIESENKAMPFF-KERSTING-MEYER-LINDEMANN/KERSTING, *Kartellrecht*⁴, Monaco di Baviera, 2020, § 33b, Rn. 15, 17).

⁴⁰ Per una compiuta e precisa ricostruzione delle opinioni espresse al riguardo da tanti studiosi, non meno che per la manifestazione delle proprie perplessità circa la correttezza di un inquadramento *sub specie* di giudicato, v. NEGRI,

dell'autorità garante nazionale e del giudice amministrativo previste dall'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017, di efficacia di cosa giudicata sostanziale nel processo civile⁴¹.

Il vincolo istituito dall'art. 7, comma 1°, infatti, concerne *expressis verbis* l'accertamento, nel caso concreto, della violazione di una o più norme del diritto della concorrenza da parte di uno o più operatori di mercato⁴². Ciò significa che, ove ad esempio

L'efficacia delle decisioni amministrative, cit., p. 487. Successivamente cfr. inoltre DE CESARE, *Ancora Lucchini! La Corte d'appello di Roma aziona i «controlimiti» a difesa del giudicato nazionale*, in *Giur. it.*, 2021, spec. p. 2641; PARODI, *L'accertamento definitivo dell'illecito antitrust nella nuova disciplina del private enforcement: su alcune questioni di rilievo costituzionale*, in *Contratto e impresa*, 2021, spec. p. 1160; PORENA, *Rilievi ed osservazioni*, cit., spec. p. 14, 16; VALERINI, *Gli effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza e del mercato sul processo civile*, in *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di Sassani, Pisa, 2019, p. 129; cfr. inoltre ampiamente GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo del provvedimento a.g.c.m.: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.* 2018, p. 45.

⁴¹ Mi rendo ben conto, così opinando, di ascrivere identica capacità di giudicato ad una decisione presa da un organo ch'è certo giurisdizionale, e ad una decisione che, pur impugnabile in sede giurisdizionale, proviene da un organo che giurisdizionale non è (v. *infra*, nt. 62): è tuttavia il legislatore, se non m'inganno, fuor d'ogni considerazione di natura dei due provvedimenti, ovvero dei due accertamenti che ne costituiscono i presupposti (per il secondo dei quali non è raro sentir impiegare attributi come «paragiurisdizionale» o «quasi-judicial»: in arg. LUCATTINI, *Modelli di giustizia*, cit., p. 33), a far pari, negli effetti, la pronuncia del giudice amministrativo e la pronuncia dell'autorità garante nazionale, quand'anche in concreto non impugnata. Peraltro è noto che non v'è praticamente decisione sanzionatoria dell'autorità antitrust italiana che non venga fatta oggetto di ricorso dinanzi al giudice amministrativo (discorre testualmente LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo*, cit., p. 24, di «percentuale delle impugnazioni pari al 100% delle sanzioni»).

⁴² I termini «accertamento» e «constatazione», entrambi riferiti alla «violazione del diritto della concorrenza» (ch'è espressione parzialmente definita in decreto: v. *supra*, nt. 33), ricorrono nella prima parte dell'art. 7, comma 1°. A tali termini non aggiunge molto la precisazione, contenuta nell'ultima parte

la decisione definitiva dell'autorità abbia accertato che un particolare accordo tra la società A e la società B costituisce «intesa» contraria all'art. 101, comma 1°, TFUE, ovvero che determinati comportamenti adottati dagli imprenditori C, D ed E integrano «pratiche concordate» vietate dall'art. 2, commi 1° e 2°, legge n. 287/1990, o ancora che una certa condotta tenuta dall'impresa F valga «abuso di posizione dominante» a' sensi dell'art. 102 TFUE, i giudici civili aditi con domande di risarcimento del danno nei confronti di questi soggetti non potranno sindacare quegli accertamenti, ma saranno vincolati a conformarvisi, giudicando anch'essi in concreto lese, di volta in volta, le norme appena richiamate.

Così stando le cose, è difficile non correr col pensiero a taluni classici concetti della cosa giudicata, largamente attuali ancor oggi, che vi vedono l'«affermazione indiscutibile, e obbligatoria per i giudici di tutti i futuri giudizi, d'una volontà concreta di legge»⁴³. L'affermazione, nel singolo caso considerato

del comma, che l'accertamento «riguarda», tra l'altro la «natura della violazione»: per accertamento della «natura della violazione» sembra doversi semplicemente intendere l'accertamento, ormai incontestabile, che la violazione riscontrata e sanzionata dall'autorità è una «violazione del diritto della concorrenza».

⁴³ È questa la notissima definizione della cosa giudicata che si legge in CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*², I, Napoli, 1935, p. 342. La definizione si completa con la precisazione che la volontà di legge affermata dal giudice «riconosce o disconosce un bene della vita a una delle parti» (p. 343), alla quale detto bene non potrà in futuro esser conteso in altri giudizi; ed altresì con la precisazione che, invece, le questioni logiche risolte dal giudice, «riguardanti punti processuali o sostanziali, di fatto o di diritto» (p. 343), possono sempre «rinnovarsi in futuri giudizi», a meno che lo impedisca una «disposizione speciale di legge» (p. 344). Ebbene, al lume di simili rilievi, a me pare necessario convenire che, se pur l'affermazione della volontà concreta di legge contenuta nella pronuncia dell'autorità non aggiudichi forse alcun «bene della vita» in senso civilistico, essa risolva però una questione «riguardante un punto sostanziale di diritto» (il punto relativo all'intervenuta violazione di una norma concorrenziale), il cui «rinnovo» nel futuro giudizio

dall'autorità, che una certa norma concorrenziale è stata violata da una certa impresa, sì che la condotta di tale impresa deve reputarsi «antigiuridica», è *in nuce* nient'altro che questo: l'affermazione, cioè, di una volontà concreta di legge; ed appunto l'art. 7, comma 1°, rende tale volontà di legge indiscutibile ed obbligatoria davanti al giudice del futuro giudizio di danno. Se l'art. 7, comma 1°, non ci fosse, il giudice avrebbe il compito di discutere e decidere autonomamente della questione, ch'è per lui una questione, se magari non formalmente «pregiudiziale», sì di imprescindibile rilevanza, giacché egli si trova in tesi a dover proprio stabilire se all'attore spetti d'esser risarcito per una violazione del diritto della concorrenza⁴⁴; mentre, sul punto della

civile è ora bandito dall'art. 7, comma 1°: quest'ultimo articolo dunque, in guisa di «disposizione speciale di legge», estende l'efficacia di giudicato alla soluzione di quella questione.

Né ritengo debba lasciar perplessi il ricorso in proposito alla categoria del «giudicato sulle questioni» (ma v. spec. DE SANTIS, *Processo civile*, cit., p. 1509): sia perché le tesi classiche non escludono affatto che, eccezionalmente, gli effetti della cosa giudicata possano concernere, oltre che l'accertamento di diritti soggettivi e l'aggiudicazione di beni, pure la stabile soluzione di questioni giuridiche in vista di giudizi futuri d'oggetto diverso: v. ancora CHIOVENDA, *Istituzioni*², cit., I, p. 353, 359; in tema ampiamente DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio dell'accertamento delle «fattispecie preliminari»*, Torino, 2008); sia perché, più in generale, le perplessità che suscita la categoria del «giudicato sulle questioni» non mi sembrerebbero rettamente evocate, allorché si tratti di determinare l'efficacia, nel processo civile, di pronunce rese in giudizi anteriori, magari da parte di giudici speciali, che non abbiano per oggetto un diritto soggettivo.

⁴⁴ Fuor d'ogni problema di inquadramento classificatorio, sembra davvero che la questione in esame, per virtù dell'art. 7, comma 1°, si comporti sostanzialmente come una questione pregiudiziale. D'altronde, l'impiego della categoria della «pregiudizialità» è del tutto normale allorché, nel processo civile, rilevino questioni intorno alle quali deve pronunciarsi il giudice amministrativo o il giudice penale (v. ancora CHIOVENDA, *Istituzioni*², cit., I, p. 353, 373; più indietro, sempre a p. 353, le questioni pregiudiziali sono definite

sussistenza di tale violazione, egli non può ora che adeguarsi alla decisione anteriore.

Tuttavia, il vincolo istituito dall'art. 7, comma 1°, non sembra circoscritto all'affermazione di una concreta volontà di legge. Il giudice del risarcimento del danno non ne è solo vincolato a giudicare violata una norma antitrust, bensì, come si è visto, è pure vincolato alla decisione dell'autorità, là dove essa vi ha ricostruito la «portata materiale, personale, temporale e territoriale» della violazione punita: a meno di non voler privare di ogni vero significato questo inciso, interpretandolo così riduttivamente da cancellarlo, se ne ritrae perciò l'impressione che il legislatore abbia imposto qui, eccezionalmente, un vincolo che trascende la volontà di legge, per propagarsi addirittura ai *fatti*.

In virtù dell'ultima parte dell'art. 7, comma 1°, il giudice civile del risarcimento, oltre a non poter sindacare la valutazione di illiceità concorrenziale delle condotte sanzionate nel provvedimento amministrativo, sembra in effetti dover pure generalmente prendere per veri i fatti ritenuti veri dall'autorità⁴⁵. Ciò significa che il giudice civile trova già pronta, nel provvedimento, e non più contestabile dinanzi a sé, anche la soluzione delle

come quelle che «potrebbero formare oggetto d'un giudizio autonomo e dar luogo in questo a cosa giudicata»).

Questa pregiudizialità non implica tuttavia sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*, traendosi solido argomento in senso contrario dalla *lex specialis* di cui all'art. 4, comma 8°, d. lgs. cit. (v. *supra*, nt. 19), che, contemplando un caso ben circoscritto di potere discrezionale di sospendere, pare appunto escludere la sospensione necessaria dell'azione risarcitoria *stand-alone*, per lo meno in pendenza di procedimento dinanzi all'autorità nazionale (in arg. v. per tutti NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 512, anche per ultt. riff.; cfr. inoltre l'art. 840 *ter*, comma 3°, c.p.c., in materia di azione di classe; diversamente invece l'art. 16, comma 1°, reg. CE n. 1/2003).

⁴⁵ Salvo quanto vi figuri a proposito di temi concernenti l'esistenza di eventuali danni prodotti dalle condotte illecite, o il nesso di causalità tra queste e quelli, che restano comunque estranei all'accertamento: l'art. 7, comma 1°, lo dispone espressamente.

maggior parte delle questioni di fatto rilevanti per definire la lite che gli è sottoposta: tanto più, se si considera che le decisioni dell'autorità garante si contraddistinguono per l'ampiezza dell'esposizione delle risultanze istruttorie e dei ragionamenti su di esse, nei quali le intese, le pratiche concordate e le condotte di abuso di posizione dominante sono di regola descritte con analitica abbondanza di informazione, con cronache dettagliate di accadimenti e circostanze di luogo e di tempo, con puntiglioso corredo di indici quantitativi, calcoli, dati e proiezioni.

Né servirebbe a molto raccomandare che il vincolo sia inteso in modo rigorosamente limitato ai soli accertamenti di fatto davvero funzionali all'applicazione della sanzione. La raccomandazione è indubbiamente opportuna, ma il richiamo normativo alla «portata materiale, personale, temporale e territoriale» della violazione è tanto vasto, e la selezione di ciò ch'è davvero funzionale al *decisum* sanzionatorio è in concreto tanto difficile e potenzialmente arbitraria, ch'è prevedibile che l'art. 7, comma 1°, nella pratica, sarà piuttosto inteso in senso largo: sarà inteso, probabilmente, nel senso di recepire quale verità storica tutto ciò che, nella motivazione del provvedimento amministrativo, viene riferito in punto di fatto per argomentare la sussistenza dell'infrazione.

In termini diversi e più sintetici, si può insomma dire che, a mente della norma in esame, o almeno della lettura che mi attendo prevalerne nell'esperienza giurisprudenziale, il provvedimento amministrativo vincola il giudice civile tanto alla constatazione *giuridica* dell'*an* della responsabilità dell'impresa sanzionata, quanto alla constatazione *storica* dei fatti che la determinano.

Sotto questo secondo profilo, nondimeno, il vincolo istituito dall'art. 7, comma 1°, decampa dai classici concetti della cosa giudicata ricordati poco fa. Accanto alla tradizionale definizione della cosa giudicata in guisa di affermazione di una volontà concreta di legge obbligatoria nei giudizi futuri, è ben noto come si

solesse pure precisare che, invece, «la cosa giudicata non riguarda la affermazione della verità de' *fatti*»: sopra di essi il giudice ragiona per «preparare la formulazione della volontà della legge», ma la strumentale ricostruzione storica che egli ne dia non può vincolare altri giudici, i quali siano stati successivamente investiti della decisione di processi diversi, in cui pure la verità di quei medesimi fatti rivesta autonoma rilevanza⁴⁶.

Quando la legge comanda al giudice civile di considerare veri certi fatti, ancorché emersi e documentati non in una fonte qualsiasi del suo convincimento, ma in un giudizio precedente, non è dunque alla cosa giudicata ch'egli è messo di fronte: piuttosto, quel giudice trova prescritta, in tal modo, una regola di efficacia probatoria, che sembra lecito inquadrare tra le regole comunemente dette di «prova legale»⁴⁷. La decisione dell'autorità, divenuta definitiva, costituisce *prova* della verità dei fatti che vi si espongono a racconto dell'illecito concorrenziale; toglie quei fatti al libero apprezzamento del giudice del successivo giudizio; li sottrae alla necessità d'esser dimostrati *aliunde*, ed *ex novo*, nella causa civile di risarcimento, ma pure alla possibilità d'esservi invece contraddetti e negati per mezzo di altre prove.

⁴⁶ I passi citati si debbono ancora a CHIOVENDA, *Istituzioni*², cit., I, p. 340; già prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 3/2017, con riferimento alle norme della direttiva ed agli anteriori orientamenti della nostra giurisprudenza, il primo di essi è richiamato da COMOGGIO, *Sanzioni antitrust*, cit., p. 215. Altrettanto efficacemente scriveva poi CHIOVENDA, *Istituzioni*², cit., I, p. 375: «oggetto del giudicato è la conclusione *ultima* del ragionamento del giudice, e non le sue premesse; l'ultimo ed immediato risultato della decisione e non la serie di fatti, di rapporti o di stati giuridici che nella mente del giudice costituirono i presupposti di quei risultati». Sull'inidoneità dei fatti a costituire l'oggetto del giudicato, v. da ultimo e per tutti CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti fuori dal giudizio*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 981.

⁴⁷ Col corollario di problemi che l'impiego di tali mezzi di prova storicamente comporta: v. per riflessioni e citazioni aggiornate UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*², Milano, 2021, p. 125; NOVIELLO, *La categoria epistemologica dell'ordine nell'accertamento processuale dei fatti*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1544.

6. – L'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017, stabilisce così un vincolo ch'è insieme di cosa giudicata, in ordine alla qualificazione giuridica dell'illecito antitrust, e di prova legale, in ordine alla ricostruzione dei corrispondenti fatti storici. Se ne ha, vien voglia di dire, una sorta di «ipervincolo», che non trova, credo, un vero eguale nel nostro ordinamento.

Certo, la norma in esame somiglia per molti aspetti a quella dell'art. 651 c.p.p., dov'è disposto che la sentenza penale di condanna, se pronunciata in séguito a dibattimento e divenuta poi definitiva, vincoli il giudice della causa civile risarcitoria tanto in relazione alla valutazione di illiceità penale del fatto, quanto al giudizio sopra il suo storico compimento per mano del condannato⁴⁸: anche l'art. 651 c.p.p., dunque, interessa contemporaneamente il giudicato e la prova legale⁴⁹. Tuttavia, se non m'inganno, la norma del processo penale risulta sistematicamen-

⁴⁸ A patto che la causa civile risarcitoria, o relativa alle restituzioni, sia promossa nei confronti del condannato o del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale; cfr. anche l'art. 651 *bis* e, con finitimo raggio d'azione, l'art. 654 c.p.p. Il tema degli effetti del giudicato penale nel processo civile è estremamente complesso e la letteratura in argomento vastissima: per aggiornati riferimenti, nonché per un'efficace ricostruzione critica, v. da ultimo CARRATTA, *Accertamento fattuale del giudice penale ed efficacia nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1442. Il richiamo all'art. 651 c.p.p. è comune tra i commentatori dell'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017, o dell'art. 9 dir. 2014/104/UE: v. per tutti NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 489.

⁴⁹ In termini analoghi, nel vigore del precedente codice di procedura penale, CALAMANDREI, *La sentenza civile come mezzo di prova*, in ID., *Opere giuridiche*, V, Roma, 2019, p. 575 (il saggio è del 1938). Nel senso che l'art. 651 c.p.p. solo impropriamente discorra di giudicato, v. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, CARRATTA, *Accertamento fattuale*, cit., p. 1446; DE CESARE, *Ancora Lucchini!*, cit., p. 2641, nota 16; discorre del resto espressamente di efficacia probatoria della sentenza penale irrevocabile l'art. 238 *bis* c.p.p.

te assai meno randagia, e teoricamente meno problematica⁵⁰, perché gli accertamenti vincolanti provengono ivi pur sempre da un giudice ordinario, peraltro non meno competente di quello civile ad attribuire ristori per danni da reato, tanto che la causa risarcitoria par quasi la naturale prosecuzione di un'attività di giudizio unitaria e complessivamente omogenea; nel caso dell'art. 7, comma 1°, invece, gli accertamenti vincolanti provengono da un organo di carattere non giurisdizionale, talora mediati dal possibile vaglio d'un giudice comunque speciale, e v'è sensibile discontinuità – quanto a scopi, strumenti e rimedi – fra il procedimento nel quale il vincolo ha origine ed il procedimento che ne resta avvinto.

Manifesto è dunque il carattere di *lex specialis* della disposizione in esame. Essa introduce deroghe a numerosi principî, sia sul piano della prova, che sul piano della cosa giudicata. Normalmente, le decisioni non possono esser utilizzate, in giudizi futuri sopra oggetti differenti, come prova dei fatti che il giudice vi ha accertato quali presupposti del suo decidere *in iure*; e tantomeno lo possono in guisa di prova ad esito obbligatorio, se è vero che ogni prova di tal genere costituisce di per sé eccezione alla regola del libero apprezzamento fissata dall'art. 116, comma 1°, c.p.c. Eccezionale è inoltre che la decisione di un giudice amministrativo, quando non addirittura di un'autorità indipendente, produca effetti di cosa giudicata dinanzi al giudice civile, vincolandolo a risolvere in un certo modo non già la questione della legittimità di un atto della pubblica amministrazione, o altra riservata alla giurisdizione speciale, bensì la questione del compimento di un illecito antitrust, la quale, di per sé, non appartiene certo alla giurisdizione «naturale» di quel giudice, più di quanto appartenga alla giurisdizione di questo (ed anzi è vero piuttosto il contrario, se si consideri che gli esiti del vincolo ri-

⁵⁰ Se pur di problemi sia fitta anch'essa, alla disposizione dell'art. 651 c.p.p. sono estranei, in particolare, i profili critici denunciati *infra*, n. 8.

cadono qui sopra diritti risarcitori vantati da privati contro altri privati): nel nostro paese, infatti, in circostanze analoghe, i rapporti tra i due ordini giurisdizionali s'informano piuttosto a reciproca autonomia⁵¹. Senza contare infine che, proprio nel contesto unionale dal quale pure la disposizione proviene, essa sembra dirigersi quasi controcorrente, operando nel senso di ampliare la portata del giudicato delle pronunce nazionali, laddove è ben noto che, negli ultimi anni, in Europa, soprattutto la Corte di giustizia dell'Unione si è mossa semmai per circoscriverla e toglierle vigore⁵².

7. – Se è stato facile dare, poco fa⁵³, un giudizio critico positivo delle nuove disposizioni in materia di circolazione delle prove, assai più severi occorre esser ora a proposito delle scelte che hanno ispirato l'approvazione dell'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017 (nonché, in precedenza, quella dell'art. 9, comma 2°, dir. 2014/104/UE).

Comunemente, indicando gli obiettivi che il legislatore intenderebbe perseguire col mezzo dell'eccezionale «ipervincolo» descritto sopra, in segno di complementarità fra il *public* ed il *private enforcement*, si citano anzitutto la certezza e la coerenza delle decisioni giudiziarie in materia di diritto antitrust⁵⁴. È bene, si nota, che le pronunce definitive dell'autorità garante o del giudice amministrativo non possano esser messe in discussione dinanzi al giudice civile del risarcimento, perché il divieto, sul

⁵¹ Sull'efficacia del giudicato amministrativo nel processo civile in materia antitrust, v. per tutti NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione*, cit., I, p. 215.

⁵² Basti qui richiamare, per opinioni e bibliografia, il volume collettaneo intitolato a *La crisi del giudicato. Atti del XXX convegno nazionale*, nei *Quaderni dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2017.

⁵³ V. *supra*, n. 3.

⁵⁴ V. spec. cons. 34 dir. 2014/104/UE; relazione illustrativa al d. lgs. n. 3/2017, cit., p. 11.

piano particolare del singolo illecito sanzionato, facilita il coordinamento fra i successivi interventi giurisdizionali – in potenza moltissimi – che scaturiranno dagli stessi fatti⁵⁵; e, al medesimo tempo, su un piano più generale, riduce i rischi di applicazione variabile d'un identico diritto oggettivo, prevenendo fra l'altro che si formino indirizzi giurisprudenziali contrastanti in seno ai diversi rami dell'amministrazione della giustizia.

Non si tratta, però, soltanto di questo. Nei voti dell'art. 7, comma 1°, deve certo annoverarsi anche quel medesimo intento di assicurare maggior effettività alle cause civili risarcitorie, specie se individuali, che già s'è visto posto a fondamento degli artt. 3-6 d. lgs. n. 3/2017⁵⁶, onde riparare alle difficoltà probatorie e di asimmetria informativa tipiche di iniziative del genere. Mentre il danneggiato che agisca per esser risarcito, senza che l'autorità garante abbia (ancora) punito la violazione concorrenziale (azione c.d. *stand-alone*), in sede d'istruzione contro il convenuto meglio informato può almeno fare affidamento su consistenti agevolazioni probatorie, non escluso l'accesso ad alcuni documenti che proprio l'autorità abbia nel frattempo raccolto nel suo fascicolo, il danneggiato che agisca dopo il definitivo accertamento della violazione (azione c.d. *follow-on*) nemmeno si deve più preoccupare di dimostrare l'illecito, né delle prove che l'altra parte gli nasconda, o di quelle contrarie che gli metta invece innanzi: ben più efficacemente, egli può ormai contare sull'anteriore accertamento già compiuto dall'autorità⁵⁷.

⁵⁵ Tipicamente, ad es., le molteplici cause risarcitorie separatamente intentate da diversi danneggiati.

⁵⁶ V. ancora *supra*, n. 3; cons. 34 dir. 2014/104/UE.

⁵⁷ Già in precedenza, peraltro, le azioni *follow-on* erano statisticamente assai più frequenti delle azioni *stand-alone*, stando almeno all'esperienza giurisprudenziale italiana: cfr. i dati raccolti da TAVASSI, *La realtà del private antitrust enforcement in Italia*, in *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, cit., p. 5.

8. – Per perseguire questi obiettivi, l'art. 7, comma 1°, paga tuttavia un prezzo proporzionalmente alto.

Sotto il profilo teorico, è soprattutto fonte di problemi il vincolo del giudice ordinario ad accertamenti di fatto e valutazioni di diritto compiuti dall'autorità garante e successivamente sindacati, o sindacabili, dal giudice amministrativo. Nessuno dubita in effetti che, se la norma non ci fosse, l'impresa anteriormente sanzionata dall'autorità, convenuta dal danneggiato in sede civile, potrebbe ancora contestare, almeno ai limitati fini del giudizio risarcitorio in quella sede, la sussistenza stessa dell'illecito⁵⁸, che il magistrato adito esaminerebbe allora in piena autonomia. L'art. 7, comma 1°, sottrae dunque certamente spazi alla giurisdizione del giudice ordinario, abbandonandoli per intero alla giurisdizione amministrativa⁵⁹, pur in materia ormai notoriamente estesa al merito giusta gli artt. 7, comma 6°, 34, comma 1°, e 134, comma 1°, lett. c, c.p.a.⁶⁰.

In proposito, vien fatto allora di domandarsi se questa sottrazione di spazi al giudice civile comporti, oppure no, che sopra l'illecito antitrust si radichi una sorta di «giurisdizione diminuita»; se, cioè, l'impresa sia destinata, dalla norma in esame, a su-

⁵⁸ V. per tutti RORDORF, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 786; la stessa giurisprudenza, ivi ampiamente citata (e v. anche *infra*, nt. 86; nonché già CASTELLI, *Disciplina antitrust e illecito civile*, Milano, 2012, spec. p. 107), che, prima dell'entrata in vigore della direttiva e del decreto del 2017, ha variamente riconosciuto valore di prova alle decisioni dell'a.g.c.m., senza però vietare all'impresa la possibilità di prova contraria, conferma indirettamente che i vincoli introdotti dall'art. 7, comma 1°, debbono reputarsi interamente nuovi (cfr. per tutte, molto esplicitamente, Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, in *Foro it.*, 2010, I, col. 1901).

⁵⁹ Il rilievo è molto comune fra i commentatori, benché assai differenti siano poi le valutazioni di opportunità di questa scelta: v. *infra*, nt. 61.

⁶⁰ Sulla giurisdizione amministrativa nel merito, v. per tutti TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*¹², Milano, 2016, p. 188; sui più gravi problemi che sorgono, nel campo delle azioni *follow-on*, da una giurisdizione amministrativa limitata alla sola legittimità, v. per tutti BIAVATI, *Il diritto processuale*, cit., p. 100, 108.

bire dinanzi ad autorità garante e giudice amministrativo, intorno al supposto illecito, un giudizio irragionevolmente meno «pieno» di quello ordinario: un giudizio, in termini ancora diversi, nel quale tale impresa abbia possibilità di difendersi comparativamente minori di quelle che le spetterebbero se l'art. 7 non ci fosse, ovvero di quelle che tutt'oggi le spettano nei casi di azione risarcitoria *stand-alone*.

Ora, io non ho pretesa di saper rispondere a questa domanda, mancandomi, fra l'altro, le necessarie competenze di diritto amministrativo⁶¹; al fine modesto che mi propongo, ch'è quello

⁶¹ Il dibattito al riguardo, presso gli studiosi di diritto amministrativo, è risalente e di eccezionale vastità, varietà e raffinatezza. Esso trascende il tema dell'impugnazione degli atti delle autorità garanti, dov'è nondimeno particolarmente vivace oggi, e coinvolge da tempo i profili più disparati e complessi, non ultimi quelli dell'estensione delle garanzie del privato nel procedimento amministrativo, dei poteri istruttori della parte dinanzi al giudice speciale, della compatibilità – ormai parrebbe acclarata (v. in particolare Corte e.d.u., 27 settembre 2011, Menarini Diagnostics, spec. § 57-67; cfr. anche Corte e.d.u., 4 marzo 2014, Grande Stevens, spec. § 151; Corte e.d.u., 10 dicembre 2020, Edizioni del Roma, § 78-94) – del sindacato di quest'ultimo con l'art. 6, comma 1°, C.e.d.u. sotto il profilo della c.d. *full jurisdiction*, dei confini della sua estensione alla discrezionalità tecnica dell'amministrazione pubblica, del carattere c.d. «non sostitutivo» del giudizio amministrativo, ecc. Non è qui possibile citare, anche per richiami bibliografici ulteriori, che alcuni dei numerosi studi nei quali questi temi sono affrontati nel contesto del d. lgs. n. 3/2017 ovvero della dir. 2014/104/UE: v. dunque in particolare PARODI, *L'accertamento definitivo*, cit., p. 1140; DEL SIGNORE, *I controversi limiti del sindacato sulle sanzioni a.g.c.m.: molto rumore per nulla*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 740; CINTIOLI, *Giusto processo, sindacato sulle decisioni antitrust e accertamento dei fatti (dopo l'effetto vincolante dell'art. 7 d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1207 (ed ora in ID., *Orizzonti della concorrenza in Italia*, Torino, 2019, p. 127); RANGONE, *D. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3: profili amministrativistici*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 255; GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 999. Più in generale, cfr. infine CHIZZINI, *L'equo processo C.e.d.u. quale quadro di riferimento normativo per i procedimenti davanti alle autorità indipendenti*

di valutare l'opportunità delle scelte fatte dal legislatore, basta però forse insinuare il dubbio che ad essa possa darsi con sicurezza una risposta negativa. Mi limito perciò ad osservare *che*, seppur l'impresa sotto istruttoria goda di ampi poteri di interlocuzione e contraddittorio dinanzi all'autorità garante, deve senz'altro escludersi che nel relativo procedimento si faccia esercizio di giurisdizione, se non altro per difetto evidente di terzietà in capo a chi provvede⁶²; *che*, seppur negli ultimi decenni molto sia stato fatto per ampliare l'attività istruttoria dinanzi al giudice amministrativo, tuttora vi sono mezzi di prova tipici del processo civile che quel giudice non può assumere (come il giuramento, in entrambe le sue specie, o l'interrogatorio formale), o può assumere con modalità significativamente diverse (come la prova testimoniale, che si assume soltanto in forma scritta, giusta l'art. 63, comma 3°, c.p.a.), o può ammettere solo a condizioni più rigorose (come la consulenza tecnica d'ufficio, la quale, giusta l'art. 63, comma 4°, c.p.a., esige l'indispensabilità)⁶³, o deve valutare in modo differente (come la confessione)⁶⁴; *che* la diversa distribuzione dell'onere della pro-

nazionali (ed alla Commissione europea). Note generali, in Giusto proc. civ., 2012, p. 355.

⁶² È la semplice verità ben indicata come «punto fermo» già da BIAVATI, *Il diritto processuale*, cit., p. 100, 108 e notoriamente condivisa così dalla Corte di giustizia (cfr. CGE, 31 maggio 2005, C-53/03, Syfait, spec. § 29-38), come dalla nostra Corte costituzionale (v. Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Giur. it.*, 2019, p. 283, con nota di SICCHIERO, *La dottrina costituzionale del «giudice ai limiti fini»*).

⁶³ In tema criticamente D'ANGELO, *La cognizione del fatto nel processo amministrativo fra Costituzione, codice e ideologia del giudice*, in *Jus-online*, 3/2020, p. 9.

⁶⁴ Si tende ad escludere che nel processo amministrativo la confessione abbia valore vincolante (v. ad es. TRAVI, *Lezioni*¹², cit., p. 267; D'ANGELO, *L'istruttoria*, in *Foro it.*, 2010, V, col. 221).

In modo speculare, non pare poi del tutto ozioso nemmeno chiedersi, specie dopo il recentissimo potenziamento dell'istruttoria dinanzi alle autorità garanti della concorrenza (v. *supra*, ntt. 5 e 29), se l'impresa sanzionata possa al

va nel giudizio amministrativo, ove per lo più spetta al ricorrente dimostrare se il provvedimento sia viziato da un'erronea ricostruzione dei fatti⁶⁵, complica la posizione dell'impresa rispetto al giudizio civile, poiché la ricostruzione dei fatti operata dall'autorità garante giunge in tal modo all'esame del giudice speciale ammantata di una credibilità perfino maggiore di quella che avrebbe, presso il giudice civile d'appello, la stessa pronuncia del giudice civile di prime cure⁶⁶; *che*, in relazione all'accertamento dei fatti nella loro dimensione «storica», del giudice amministrativo è nota, sebbene in sé non esente da critiche, l'inclinazione quasi «ideologica» a svolgere non già un'istruttoria *ex novo*, ma piuttosto a vagliare, sotto il profilo della coerenza logica, della completezza e della «congruenza narrativa», l'istruttoria procedimentale compiuta dall'amministrazione, la quale è pur sempre un'istruttoria di par-

contrario lamentare l'utilizzo nei suoi confronti, in sede amministrativa, di mezzi di prova che sarebbero vietati o limitati nel giudizio civile (cfr. artt. 12, comma 1 *bis*, e 14 legge n. 287/1990; cfr. d'altronde art. 654 c.p.p.).

⁶⁵ Nonostante non manchino attenuazioni ed incertezze, cui dà causa l'attuale formulazione, in particolare, degli artt. 63, comma 1°, e 64, comma 1°, c.p.a.: v. per tutti CHIRULLI, *L'istruttoria*, in *Il nuovo processo amministrativo. Commentario sistematico*, diretto da Caranta, Bologna, 2011, p. 560.

⁶⁶ Benché nel diritto processuale civile non manchino pronunce dissonanti in tema di riparto degli oneri probatori in appello, dettate però in casi assai particolari e comunque molto criticate (è nota soprattutto Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, edita fra l'altro in *Foro it.*, 2006, I, col. 1433, con nota recisamente contraria di BALENA-ORIANI-PROTO PISANI-RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*), in genere non si nega, per lo meno in dottrina, che la regola di cui all'art. 2697 c.c. operi allo stesso modo in primo e secondo grado (in tema, di recente e per tutti, v. GAMBINERI, *Appello*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 2018, p. 198): sì che anche in appello, esattamente come in prime cure, spetta a chi assuma l'altrui responsabilità, non importa se appellante o appellato, di sopportare il rischio per il caso di dubbio o incertezza dei relativi fatti costitutivi.

te (e ciò, nonostante il legislatore abbia avuto in ultimo cura di precisare, nel medesimo art. 7, comma 1°, che il sindacato del giudice amministrativo «comporta la verifica dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata»)⁶⁷; e che, in relazione invece all'apprezzamento «tecnico» dei fatti accertati, non meno che alla declinazione in concreto dei «concetti giuridici indeterminati», sopravvivono, presso le corti e gli studiosi, numerosi problemi intorno alla presenza ed all'ampiezza, nel provvedimento amministrativo in generale, ed in quello dell'autorità garante della concorrenza e del mercato in particolare, di valuta-

⁶⁷ In generale e per ulteriori riferimenti, v. per tutti ancora TRAVI, *Lezioni*¹², cit., p. 268, nonché ampiamente D'ANGELO, *La cognizione del fatto*, cit., p. 7, ove è ben descritta la «resistente ritrosia per l'istruttoria» del giudice amministrativo (su cui cfr. già CHIZZINI, *L'equo processo*, cit., p. 354; nonché ID., *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. n. 80/1998 e dalla legge n. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 872). In tema di illeciti antitrust, in dottrina, v. tra i moltissimi CINTIOLI, *Giusto processo*, cit., p. 1217; in seno alla giurisprudenza, è soprattutto comune, altresì dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 3/2017, l'affermazione secondo cui il giudice amministrativo, «in relazione ai provvedimenti antitrust dell'a.g.c.m., esercita un sindacato di legittimità che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio: pertanto deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'autorità risulti immune da travisamenti e vizi logici» (così da ultimo T.a.r. Lazio-Roma, 18 maggio 2020, n. 5275, in www.onegale.wolterskluwer.it; Cons. Stato, 27 aprile 2020, n. 2673; Cons. Stato, 20 giugno 2019, n. 4221; Cons. Stato, 19 giugno 2019, n. 4180; Cons. Stato, 28 febbraio 2017, n. 928; Cons. Stato, 30 giugno 2016, n. 2947; Cons. Stato, 24 ottobre 2014, n. 5276; Cons. Stato, 13 giugno 2014, n. 3032; Cons. Stato, 12 aprile 2013, n. 2002).

Né è meno significativa – su un piano distinto, che presenta però rischi simili a quelli ora ipotizzati – l'attitudine di deferenza del giudice amministrativo nei confronti delle autorità indipendenti, che non è raro sentir lamentare in dottrina: riff. da ultimo in PARODI, *L'accertamento definitivo*, cit., p. 1163, nota 85.

zioni discrezionali che il giudice speciale non è ammesso a sindacare⁶⁸.

Se tutto ciò vale per le questioni di fatto, in ordine alle questioni di diritto v'è poi una diversa ed ulteriore considerazione da proporre. Al di là del menzionato tema dei «concetti giuridici indeterminati», l'applicazione e l'interpretazione delle norme antitrust fatta dall'autorità garante è certamente sindacabile di-

⁶⁸ La presenza di simili valutazioni parrebbe confermata, indirettamente, dallo stesso art. 7, comma 1°, là dove vi si precisa che il sindacato del giudice amministrativo sul provvedimento dell'autorità «si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità» (la norma è peraltro sospettata di eccesso di delega ad es. da CAIAZZO, *The Legislative Decree of Implementation of Directive 2014/104/EU on Antitrust Damages Litigation*, in *Riv. it. antitrust*, 2016, p. 112). Ora, è piuttosto chiaro che, nella misura in cui l'autorità si trovi ad apprezzare profili tecnici opinabili (come si suole ad esempio ritenere quello concernente la perimetrazione del «mercato rilevante» ex art. 2, comma 2°, legge n. 297/1990), il suo opinabile apprezzamento, in tesi insindacabile dal giudice amministrativo che giudichi della legittimità della sanzione, finisce – in conseguenza dell'«ipervincolo» posto dall'art. 7, comma 1° – per sottrarsi pure al giudizio del giudice civile che giudichi del risarcimento dei danni da illecito antitrust (in arg. ampiamente GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo*, cit., p. 76; cfr. anche LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo*, cit., p. 19, 23; cfr. già VILLA, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 306; ALLENA, *Il caso Grande Stevens contro Italia: le sanzioni Consob alla prova dei principi C.e.d.u.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, spec. p. 1058; GUIZZI, *La sentenza C.e.d.u. 4 marzo 2014 e il sistema delle potestà sanzionatorie delle autorità indipendenti: sensazioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 1323): tanto che una recente e consapevole pronuncia del Consiglio di Stato, ha invocato – come già CINTIOLI, *Giusto processo*, cit., p. 1221 – la necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata di tale parte dell'art. 7, comma 1°, rivolta ad assicurare al giudice amministrativo il più ampio sindacato possibile sul provvedimento dell'autorità (Cons. Stato, 15 luglio 2019, n. 4990; v. anche Cons. Stato, 28 marzo 2019, n. 2979, in *Giur. it.*, 2019, p. 2503, con nota di ROFFI, *Sindacato giurisdizionale e provvedimenti sanzionatori dell'a.g.c.m.*), eppur subito criticata da taluni commentatori (v. ad es. DEL SIGNORE, *I controversi limiti*, cit., p. 999).

nanzi al giudice amministrativo, così in primo come in secondo grado, con pienezza ed affidabilità pari a quella del giudice civile. Gli è tuttavia che, non essendo le pronunce di secondo grado del giudice amministrativo, rese dal Consiglio di Stato, ulteriormente impugnabili per violazione o falsa applicazione dinanzi alla Corte di cassazione, l'«ipervincolo» dell'art. 7, comma 1°, genera allora quest'altro inconveniente: che la definizione dei contorni giuridici dell'illecito antitrust – pur nella misura in cui questo sia rilevante sul terreno, che direi *insopprimibilmente* civilistico, delle conseguenze risarcitorie tra privati – finisce per competere al giudice speciale e per sottrarsi alla guardiania nomofilattica della suprema Corte. In relazione alle cause civili *follow-on*, fuori dei discussi limiti di applicabilità nella specie del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea⁶⁹, è allora il Consiglio di Stato, non la Corte di cassazione, ad aver l'ultima parola a proposito dell'interpretazione del diritto della concorrenza⁷⁰.

⁶⁹ Occorre infatti ricordare che l'art. 7, comma 3°, d. lgs. cit. stabilisce che le disposizioni in esso contenute «lasciano impregiudicati le facoltà e gli obblighi del giudice a' sensi dell'art. 267 TFUE» (cfr. analogamente l'art. 16, comma 1°, ultima parte, reg. CE n. 1/2003). La previsione non sembra però in grado di ovviare interamente ai rischi segnalati: è incerto, in particolare, se al rinvio pregiudiziale possa farsi luogo, là dove si tratti di interpretare il solo diritto nazionale della concorrenza, *in thesi* violato dall'autorità nazionale o dal nostro giudice amministrativo; né è affatto certo che il rinvio possa esser promosso dal giudice civile quando il convenuto, autore dell'illecito e destinatario della sanzione amministrativa, abbia mancato d'impugnarla dinanzi al giudice del ricorso; o quando quest'ultimo abbia a sua volta mancato di promuovere il rinvio e la sua decisione sia così passata in giudicato (in tema cfr. per tutti NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 500, *q.v.* anche per ulteriori riferimenti).

⁷⁰ Secondo un'ipotesi interessante, ma per lo più rifiutata, i problemi osservati in questo paragrafo potrebbero esser forse in parte superati, qualora si condivida l'idea che la decisione dell'autorità garante nazionale, ove illegittima, possa esser considerata *tamquam non esset* dal giudice civile dell'azione risarcitoria, almeno se non la si sia impugnata, sulla scorta del generale potere

9. – Oltre a queste difficoltà, che sono d'ordine essenzialmente teorico o sistematico, l'art. 7, comma 1°, d. lgs. cit., ne crea anche numerose altre, che sono piuttosto d'ordine pratico o esegetico.

Anche su di esse, non desidero qui dilungarmi, avendone egregiamente trattato già molti commentatori, i quali hanno subito avvertito come la norma porti in effetti con sé un nutrito fascio di questioni interpretative interamente nuove: delle quali, oso aggiungere, non si sentiva granché il bisogno.

Così, in particolare, mentre l'art. 7, comma 1°, indica espressamente che il vincolo opera nell'azione di risarcimento del danno causato da una violazione del diritto della concorrenza, vi si tace delle azioni connesse, nelle quali non si faccia questione di danni, ma che identicamente presuppongano il medesimo illecito antitrust, e che magari siano addirittura cumulate a quella risarcitoria in un unico giudizio fra le stesse parti. *Quid iuris*, ad esempio, se, in luogo del risarcimento dei danni, l'attore abbia domandato, contro l'impresa sanzionata, l'accertamento della

di disapplicare gli atti amministrativi «non conformi alle leggi» previsto dagli artt. 4 e 5 legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E (l'idea sembra affiorare, in forma ridotta, nella relazione illustrativa al d. lgs. n. 3/2017, cit., p. 11, nella quale, senza spiegazioni chiare, si scrive che la decisione dell'autorità non vincolerebbe il giudice civile, ogni volta ch'egli la trovi «irrimediabilmente viziata[a]»). In verità, però, al di là delle poche certezze che si registrano tutt'oggi sui limiti del potere di disapplicazione (v. anche per riff. TRAVI, *Lezioni*¹², cit., p. 125; ID., *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 3), detto potere pare direttamente messo fuori gioco, fra l'altro, proprio dal vincolo esplicito costituito con l'art. 7, comma 1°, d. lgs. n. 3/2017 (critici rispetto alla possibilità di disapplicazione *ex artt.* 4 e 5 cit., sono tra i molti COMOGLIO, *Note ad una prima lettura*, cit., p. 1009; NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 500; PORENA, *Rilievi ed osservazioni*, cit., spec. p. 20, nota 52; MUSCOLO, *L'effetto delle decisioni*, cit., p. 45; in arg. da ultimo PARODI, *L'accertamento definitivo*, cit., p. 1151; parz. diff. GOISIS, *L'efficacia di accertamento autonomo*, cit., p. 59).

nullità di un contratto «a valle»⁷¹, o la restituzione di quanto prestato, o l'inibitoria di un certo comportamento? E *quid* se l'attore abbia formulato tali domande insieme al risarcimento dei danni conseguenti? È pensabile che il giudice civile sia vincolato ai fatti accertati nella pronuncia amministrativa solo nei limiti in cui decide del credito risarcitorio e non anche in relazione alla decisione sulle altre domande? Il buon senso suggerirebbe probabilmente di no, ma il carattere marcatamente speciale dell'art. 7⁷² induce piuttosto il dubbio che di esso sia necessario vietare le applicazioni analogiche⁷³. Né con ciò ogni proble-

⁷¹ L'azione di nullità del c.d. contratto «a valle» ha conosciuto in questi anni enorme diffusione in séguito all'accertamento (nella specie, da parte della Banca d'Italia, con proprio provv. 2 maggio 2005, n. 55) di un'intesa restrittiva della concorrenza in materia di uniformazione di alcune clausole delle fideiussioni *omnibus* a garanzia di operazioni bancarie. In tema, molto si è discusso se spetti al fideiussore, nel cui contratto figurino comprese clausole corrispondenti a quelle reputate lesive della concorrenza, la sola tutela risarcitoria, ovvero anche la tutela «reale» della nullità, almeno parziale o addirittura totale, del contratto da lui stipulato. Per ragguagli recenti e rilievi critici sull'amplessima giurisprudenza in argomento, cfr. per tutti LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti «a valle»*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 378; ed *adde* ora Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Contratti*, 2022, p. 145, con nota di VOTANO, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sulle fideiussioni «a valle»: la pronuncia delle sezioni unite*.

Questioni in parte analoghe possono porsi in dipendenza delle decisioni della Commissione europea (adottate nel caso AT.39914 fra il 2013 ed il 2016) che hanno accertato un'intesa restrittiva della concorrenza in materia di manipolazione dei tassi di interessi in euro collegati all'indice Euribor (per le decisioni della Commissione vale però l'art. 16 reg. CE n. 1/2003, che non è testualmente limitato alle azioni risarcitorie: v. *supra*, nt. 32; in tema Trib. Roma, 29 settembre 2017, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 316, con nota di CALABRESE, *Effetti della manipolazione dell'Euribor sul mutuo bancario a tasso variabile*).

⁷² V. *supra*, n. 6.

⁷³ In tema v. per tutti NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 485.

ma sarebbe poi risolto, perché resterebbe da chiedersi se la pronuncia dell'autorità, rispetto alle domande per la cui decisione è incapace di vincolare, possa almeno esser valutata alla stregua di una prova, come prima del d. lgs. n. 3/2017 già riteneva la giurisprudenza, e com'è ancora previsto dall'art. 7, comma 2°, nel caso di pronunce di autorità straniere; ovvero se, conformemente a principi più generali, rispetto alle domande diverse dal risarcimento, il giudice civile debba addirittura istruire *ex novo* l'illecito, sia pur forse con l'ausilio prezioso delle agevolazioni dell'art. 4 d. lgs. cit.⁷⁴.

Ancora, l'art. 7, comma 1°, pone il problema di quali, fra le possibili decisioni dell'autorità garante nazionale, producano effettivamente il descritto «ipervincolo», e di quale valore viceversa rivestano le decisioni che non lo producono. È molto chiaro, in verità, che le pronunce, rarissime in concreto, con cui l'autorità esclude l'illecito, non generino vincolo alcuno in favore dell'impresa assolta, nei successivi giudizi risarcitori promossi da concorrenti o consumatori che si assumano comunque danneggiati, poiché questi non erano parti del procedimento amministrativo⁷⁵. Né certo costoro sono vincolati dalla pronuncia del giudice amministrativo che abbia annullato la decisione sanzionatoria dell'autorità, quand'anche li si potesse rimproverare di non aver promosso, contro tale pronuncia, l'opposizione di terzo⁷⁶. È invece meno chiaro se generino vincolo, in particolare, le frequentissime decisioni *ex art. 14 ter* legge n. 287/1990, nelle quali l'autorità non accerta formalmente un'infrazione, ma valuta positivamente l'offerta spontanea, presentata dall'impresa a

⁷⁴ Su cui *supra*, n. 3. Si noti tuttavia che, a rigor di testo, anche la nuova disciplina dell'esibizione parrebbe limitata alle azioni di risarcimento (per rinvio al riguardo, v. *supra*, nt. 10).

⁷⁵ Il vincolo è pacificamente di quelli operanti *secundum eventum litis*: v. tra i molti COMOGLIO, *Note ad una prima lettura*, cit., p. 1009.

⁷⁶ Lo nota ad es. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo*, cit. p. 18.

procedimento ormai avviato nei suoi confronti, di «impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria» (anche qui, probabilmente no); ovvero ancora se generino vincolo le decisioni che sanzionano proprio la violazione di impegni assunti a quel modo. Né è affatto chiaro se il giudice civile del risarcimento sia ammesso ad utilizzare le une o le altre almeno come prove indiziarie dell'insussistenza o della sussistenza delle condotte contestate⁷⁷.

Quesiti non dissimili sono stati altresì formulati, in dottrina, a proposito degli esatti limiti soggettivi del vincolo di cui all'art. 7. Posto ch'esso concerne espressamente il solo «autore» della violazione, *i.e.* colui che l'ha commessa ed è stato sanzionato di conseguenza⁷⁸, è corretto concludere che non lo si possa invocare contro soggetti diversi: nemmeno, parrebbe, se si tratti di imprese controllate dall'impresa autrice, o che all'opposto la controllino, o che siano ad essa comunque collegate, magari perché appartenenti ad un unico gruppo societario o sottoposte ai medesimi poteri di direzione e coordinamento; né forse se si tratti delle singole imprese associate, là dove l'autorità abbia proceduto ed inflitto sanzioni nei soli confronti dell'associazione di cate-

⁷⁷ In tema v. molto bene NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 506; di recente, ha aperto ad una valorizzazione probatoria delle decisioni con impegni, *sub specie* di «presunzione semplice» e non di «prova privilegiata», Cass., 27 febbraio 2020, n. 5381, in *Giur. it.*, 2021, p. 98, con nota di PILETTA MASSARO, *Private antitrust enforcement e decisioni con impegni al vaglio della Cassazione*, ed in www.judicium.it, con nota di PRINCIPESSA, *La Cassazione torna sull'efficacia dei provvedimenti dell'a.g.c.m. nel giudizio civile promosso ante d. lgs. n. 3/2017 e sul riparto degli oneri istruttori*; v. anche Cass., 4 ottobre 2021, n. 26869, in *Danno e resp.*, 2022, p. 204, con nota di ZULIANI, *Rilevanza probatoria delle decisioni prese e delle istruttorie svolte dall'a.g.c.m. nei giudizi per risarcimento dei danni da abuso di posizione dominante*. Sul piano comunitario, cfr. infine CGE, 23 novembre 2017, C-547/06, Gasorba, spec. § 29-30.

⁷⁸ V. anche *supra*, n. 4, testo e nt. 36. In tema ancora NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 508.

ria; né certo se si tratti di imprese le cui condotte pur siano state esaminate e descritte nel provvedimento dell'autorità, e magari ivi valutate negativamente, ma che per qualsiasi motivo non siano state fatte parti del procedimento e destinatarie di sanzione. È questione invece aperta, particolarmente in Germania, se la società sanzionata possa invocare il vincolo in un'azione risarcitoria contro gli amministratori responsabili della violazione⁷⁹; e resta poi comunque incerto se il provvedimento dell'autorità possa, in tutti o alcuni di tali casi, rivestire un qualche valore di prova libera o indiziaria nel processo civile, da scrutinare beninteso nel pieno contraddittorio delle parti di esso e nel contesto di tutti gli ulteriori elementi probatori ivi forniti dagli attori e dai convenuti.

Non secondarie sono inoltre le difficoltà, cui ho già fatto scettico cenno in precedenza⁸⁰, che la norma pone all'interprete chiamato a separare ciò che, nella motivazione del provvedimento, effettivamente appartiene alla «portata materiale, personale, temporale e territoriale» della violazione ed è coperto dal vincolo, da ciò che viceversa costituisce informazione ulteriore e complementare, che non dovrebbe in teoria esserlo. Né mancano dubbi intorno ai limiti della rilevabilità officiosa del vincolo⁸¹, non meno che dell'efficacia della decisione sanzionatoria dell'autorità invocata prima del suo passaggio in giudicato.

10. – Già per via di queste poche osservazioni, mi pare insomma difficile contestare come, nell'insieme, non sia purtroppo scontato che il giudice amministrativo, sindacando il provvedimento sanzionatorio dell'autorità, abbia piena giurisdizione di fatto e di diritto sopra l'intero rapporto giuridico, allo stesso modo del giudice civile in un'azione risarcitoria *stand-alone*. Né

⁷⁹ In tema cfr. LOEWENHEIM-MEESSEN-RIESENKAMPFF-KERSTING-MEYER-LINDEMANN/KERSTING, *Kartellrecht*⁴, cit., § 33b, Rn. 16.

⁸⁰ V. *supra*, n. 5.

⁸¹ Cfr. ancora NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 492.

mi pare scontato che il vincolo istituito dall'art. 7, comma 1°, serva poi così bene la coerenza delle decisioni e l'efficienza dei giudizi risarcitori, giacché, in proposito, molto dipenderà dal modo in cui gl'interpreti risolveranno le segnalate questioni applicative ch'esso pone, in ordine alle quali, in ragione del carattere eccezionale del vincolo, potrebbero forse pure prevalere letture giustamente timide e circospette.

Si dirà magari che gl'inconvenienti che ho addotto qui sono piccole cose, sfumature, dettagli; che, di difficoltà esegetiche e dubbi interpretativi, non v'è norma che faccia grazia; che l'istruzione dinanzi all'autorità si svolge equamente, nel rispetto di garanzie di piena difesa e contraddittorio; che l'esame del giudice amministrativo sopra il provvedimento dell'autorità, se pur non arrivi mai al rinnovo *ab imis* di ogni indagine istruttoria, è tuttavia di ampiezza rassicurante; che sì, vi sono forse lembi degli accertamenti dell'autorità che il vincolo dell'art. 7 sottrae oggi al controllo del giudice civile, ma ch'è d'altra parte illusorio pensare che questi possa davvero istruire *ex novo* ogni causa individuale di danni antitrust, mentre è noto che non gran fortuna abbia purtroppo sin qui arriso ai giudizi risarcitori di tutela collettiva⁸²; che il procedimento dinanzi all'autorità è sede incomparabilmente più idonea per accertare gl'illeciti concorrenziali, i quali richiedono spesso investigazioni eccezionalmente vaste, complesse e capillari, perché l'autorità dispone di poteri, mezzi economici, strumenti suasori e conoscenze tecniche assai migliori di quelli di cui disporrebbero il giudice civile ed il suo consulente d'ufficio; ch'è ben noto come il giudice civile non si

⁸² Pur di recente ampliati ed irrobustiti: cfr. ora gli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. (in arg., per tutti, CONSOLO, *La terza edizione dell'azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad un'amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 737); BIASIOR, *Private antitrust enforcement: la prospettiva del mercato*, in *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea*, cit., p. 145.

segnali per rapidità ed efficienza nella trattazione delle cause⁸³, e ch'è facile prevedere come onerarlo dell'istruttoria antitrust, significherebbe disincentivare ulteriormente il *private enforcement*; che insomma quel pochissimo che le nuove norme fanno forse perdere in termini di garanzie, si compensa largamente col molto ch'esse fanno certo guadagnare in termini di effettività della tutela dei mercati.

Sono tutte obiezioni sensate, nelle quali a mia volta mi riconosco in fondo volentieri. Non intendo infatti sostenere che gl'inconvenienti adottati siano intollerabili, né discutere la compatibilità dell'art. 7, comma 1°, coi canoni costituzionali del diritto di difesa, del giusto processo o della parità di trattamento, né candidare *pro futuro* modelli normativi anacronistici, in cui il provvedimento dell'autorità garante sia privo di efficacia dinanzi al giudice civile dell'azione di danno.

Resta tuttavia che, da una parte, di inconvenienti ve ne sono; e che, d'altra parte, non sarebbe difficile approntare una disciplina che ne sia immune o ne presenti assai di meno. Lo stesso decreto legislativo prevede, come si è già accennato⁸⁴, sia pur soltanto in relazione alle decisioni delle autorità garanti straniere, un modello normativo di rapporti tra il procedimento sanzionatorio dinanzi all'autorità indipendente e la causa civile di danni che, nell'insieme, risulta assai più equilibrato e flessibile di quello dettato per le corrispondenti decisioni nazionali: un modello capace, a me sembra, di soddisfare in equa misura le giuste aspirazioni alla coerenza delle decisioni ed all'efficienza dei giudizi risarcitori, senza però sacrificare l'autonomia del giudice civile, né compromettere del tutto la possibilità, per l'impresa, di ottenerne valutazioni ed accertamenti diversi da quelli dell'autorità, ove questi ultimi si rivelino sbagliati.

⁸³ In tema, nella prospettiva qui considerata, cfr. per tutti LUCATTINI, *Modelli di giustizia*, cit., p. 39.

⁸⁴ V. *supra*, n. 4.

Prima di ragionare al riguardo, occorre allora esaminare più da vicino l'art. 7, comma 2°, d. lgs. cit., del quale si è fin qui ricordato soltanto il testo.

11. – Dice dunque l'art. 7, comma 2°, che «la decisione definitiva con cui una autorità nazionale garante della concorrenza o il giudice del ricorso di altro Stato membro accerta una violazione del diritto della concorrenza costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove».

Se ne deduce che il legislatore italiano ha molto chiaramente scelto di non attribuire, ai provvedimenti delle autorità antitrust degli altri Stati membri dell'Unione, né a quelli dei rispettivi giudici del ricorso, alcuna capacità di vincolare il nostro giudice ordinario: a differenza dei provvedimenti nazionali, quelli stranieri non hanno, nelle cause civili per danni promosse in Italia, né efficacia di giudicato, né efficacia di prova legale.

I provvedimenti stranieri non sono però privi di qualsiasi effetto: piuttosto, semplificando un po', par corretto affermare che essi valgono prova liberamente apprezzabile di *quegli stessi profili di fatto* dell'illecito sanzionato – nella loro «portata materiale, personale, temporale e territoriale» – *in ordine ai quali* un identico provvedimento italiano vincolerebbe il giudice del danno in guisa di prova legale⁸⁵.

Per conseguenza di questa scelta legislativa, chi promuove azione risarcitoria *follow-on* è in grado di fornire senza incomo-

⁸⁵ V. *supra*, n. 5. È vero che testualmente la norma estende l'efficacia probatoria anzitutto alla «natura della violazione»; ma, trattandosi di prove, e non potendo le prove che riferirsi a fatti (mentre la violazione del diritto della concorrenza è concetto che esige anche la soluzione di *quaestiones iuris*: cfr. spec. *supra*, n. 5, testo e ntt. 43 e 44), credo appunto che detta efficacia debba piuttosto intendersi limitata ai giudizi di fatto compiuti all'estero nella decisione dell'autorità o del giudice del ricorso.

do la prova delle condotte tenute dall'impresa sanzionata, semplicemente producendo in giudizio il provvedimento sanzionatorio che le descrive: prova, certo, liberamente apprezzabile, ma ch'è facile prevedere il giudice civile reputerà di regola idonea a dimostrare le condotte ivi descritte, valutandola ragionevolmente più affidabile – e tanto più affidabile, ove il provvedimento gli parrà ben costruito, informato, coerente, completo e persuasivo – delle prove che pur legittimamente l'impresa le contrapporrà. Ne discende che il giudice civile dichiarerà la sussistenza dell'illecito antitrust, salvo ove ritenga che le condotte dell'impresa descritte nel provvedimento non siano in verità illecite, perché l'autorità straniera o il giudice straniero abbia errato nell'interpretare il diritto della concorrenza, ovvero ritenga che le condotte descritte nel provvedimento non siano in verità state tenute, perché di ciò lo persuadano solide e credibili prove contrarie introdotte in giudizio dall'impresa: due eventualità ch'è lecito attendersi rare, ma che opportunamente l'art. 7, comma 2°, non ha inteso bandire del tutto.

Né v'è da temere che in simili giudizi la fase istruttoria risulti eccessivamente lunga e costosa, e magari inutilmente tale, perché vi si ripetano indagini istruttorie già svolte all'estero, per lo più nel procedimento amministrativo, onde poi giungere quasi sempre a confermarne gli esiti. Non è questo che l'art. 7, comma 2°, esige dal magistrato, ove gli prescrive di valutare il provvedimento straniero «insieme ad altre prove»: l'impiego dell'aggettivo «altre» induce a volger l'attenzione piuttosto a prove che non siano state oggetto di esame nella decisione presa all'estero. La norma non istituisce, è vero, un ruolo formale di presunzione fino a prova contraria, come accade ad esempio nell'art. 14, comma 2°, dello stesso decreto, ma permette che quel ruolo, se così si può dire, la decisione straniera se lo guadagni «sul campo», per sua propria forza di persuasione. Il provvedimento straniero è d'altronde oggi *in sé* una prova, perché così lo qualifica l'art. 7, comma 2°: il giudice civile ha ormai

dunque da apprezzarlo come tale, in forma di autentico *statement of facts*, e non è certo tenuto, ancorché indubbiamente possa farlo, a riesaminare daccapo, come in un ideale *iudicium novum*, tutto il materiale probatorio che gli sta alla base e che l'autorità o il giudice straniero hanno a loro volta valutato, sintetizzato, elaborato ed in parte pure convincentemente scartato. È giusto invece ch'egli concentri la sua analisi sopra eventuali *nuove* prove contrarie, ovvero sopra peculiari e limitati aspetti in ordine ai quali la decisione straniera in concreto non lo persuada; e ch'egli, almeno di regola, non dia ingresso ad una consulenza al solo scopo di rinnovare valutazioni tecniche già compiute, in guisa di dispendioso e per lo più superfluo «secondo parere», ma sì invece, occorrendo, ove si tratti di dar apprezzamento tecnico a materiale probatorio nuovo e rilevante.

Considerazioni non troppo dissimili erano peraltro già frequenti nella giurisprudenza italiana anteriore alle nuove norme, che, seppur con piglio disinvolto creativo, rivelava in fondo buon senso nell'apprezzamento probatorio delle pronunce definitive dell'autorità nazionale: senza chiudere ogni spiraglio alle possibilità di dimostrarne in concreto l'errore, ma senza nemmeno premiare generiche aspirazioni al rinnovo dell'istruzione, bensì privilegiando il materiale istruttorio diverso da quello già esaminato in sede amministrativa o dinanzi al giudice del ricorso⁸⁶.

⁸⁶ V. fra le moltissime ed anche per ultt. riff., sovente con efficacia probatoria estesa persino al nesso di causalità ed all'*an* del danno, Cass., 3 aprile 2020, n. 7677, in *Dir. ind.*, 2020, p. 509, con nota di BELLOMO, *Alcuni chiarimenti sulla decorrenza della prescrizione delle azioni follow-on di private enforcement e sulla determinazione del momento percettivo del danno*; Cass., 5 luglio 2019, n. 18176; Cass., 22 maggio 2019, n. 13846, in *Corr. giur.*, 2020, p. 460, con nota di RUGGIERI, *La Corte di cassazione e la «prova privilegiata» della condotta anticoncorrenziale: accanto alle vecchie, nuove incertezze*; Cass., 28 maggio 2014, n. 11904, in *Danno resp.*, 2015, p. 151, con nota di VOZZA, *Rc auto e intese anticoncorrenziali: la presunzione legale del provvedimento sanzionatorio*; Cass., 23 aprile 2014, n. 9116). L'affermarsi

Ciò detto, merita di essere qui ancora osservato che pure il modello dell'art. 7, comma 2°, come già il modello del comma 1°, ha carattere eccezionale: tanto che alla giurisprudenza menzionata da ultimo, là dove si attribuiva efficacia di prova alle pronunce dell'autorità garante nazionale ed a quelle del giudice amministrativo del corrispondente gravame, non di rado si muovevano ben fondati appunti di creatività.

In effetti, secondo l'opinione tradizionale della dottrina, nemmeno le sentenze del giudice civile italiano passate in giudicato possono costituire prova della verità dei fatti ivi accertati allo scopo di definire la lite: il che consente, in assenza di previsioni normative di segno contrario⁸⁷, di affermare lo stesso, *a fortiori*, per le pronunce delle autorità indipendenti, per le sentenze dei giudici amministrativi e per le decisioni dei magistrati stranieri.

Già sotto l'impero del codice previgente, nonostante anche allora si registrasse presso la giurisprudenza più d'una inclinazione di segno contrario, Piero Calamandrei, in pagine magnifiche per chiarezza e consequenzialità di ragionamento⁸⁸, non me-

progressivo di questa giurisprudenza a partire dal 2007 è ben ricostruito da COMOGLIO, *Sanzioni antitrust*, cit., p. 199, ed è in esso centrale il provvedimento con cui l'autorità garante italiana accertò e sanzionò un'intesa orizzontale fra numerose compagnie di assicurazione, consistente in una pratica concordata di «vendita congiunta di polizze c.v.t. e r.c.a.» ed in una pratica concordata di «scambio sistematico di informazioni commerciali sensibili tra imprese concorrenti» (A.g.c.m., 28 luglio 2000, n. 8546, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 3355).

⁸⁷ Come esistono per le pronunce del giudice penale (v. *supra*, n. 6) e com'è oggi l'art. 7, comma 2°, in esame.

⁸⁸ Cfr. CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 559. Le tesi di Calamandrei sono diffusamente condivise tutt'oggi: v. di recente VANZETTI, *Sentenza tra danneggiante e danneggiato*, cit., p. 1737; CASTAGNOLA, *L'accertamento dei fatti*, cit., p. 999; CONSOLO, *Del coordinamento fra processo penale e processo civile: antico problema risolto a metà*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 249; cfr. in precedenza CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, spec. p. 693; cfr. anche, con specifico riferimento al te-

no che per eleganza formale, risolutamente negava alla sentenza civile ogni capacità di prova dei fatti affermati nelle premesse della sua motivazione, essenzialmente sulla scorta di argomenti vari, dei quali interessa qui soprattutto ricordare i seguenti.

Calamandrei avvertiva, in particolare, che i giudizi di fatto contenuti nella sentenza hanno «carattere relativo e contingente», perché il giudice ha strumenti d'indagine imperfetti e «campo visivo» per lo più limitato ai mezzi istruttori offerti dalle parti di una certa lite, sì che quei giudizi possono essere paragonati a «ponti di fortuna, costruiti lì per lì coi materiali che si trovano sul posto»⁸⁹: ponti, si potrebbe continuare per via di metafora, buoni, sì, per il singolo guado al cui scopo li si sia fabbricati, ch'è appunto la definizione di quella certa lite precisamente individuata, ma ch'è imprudente destinare alle diverse esigenze dei guadi futuri. All'obiezione, da lui stesso prevista, secondo cui non si tratterebbe, per il giudice investito della successiva lite in cui abbiano rilevanza i medesimi accadimenti, di prender necessariamente per veri i giudizi di fatto contenuti nella sentenza anteriore, ma di valutare quei giudizi secondo il principio del libero e prudente apprezzamento, il grande maestro fiorentino replicava poi come non vi fosse alcun mezzo di prova tipico, neppur fra quelli liberamente apprezzabili, cui la sentenza civile potesse all'uopo ricondursi⁹⁰. Ed a chi ancora controbiettasse

ma dell'efficacia probatoria degli accertamenti di altra autorità indipendente (la Consob), VILLATA, *La guerra Olanda-Lodi lascia sul campo alcuni principi processuali? (Note in tema di sospensione delle delibere societarie e procedimento cautelare nella vicenda Antonveneta)*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1306.

⁸⁹ CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 570.

⁹⁰ Non se si tratti, s'intende, di dar prova dei fatti storici accertati ai fini della decisione: la sentenza è sì, in sé, anche oggi, un atto pubblico, ma come tale prova soltanto l'esistenza del provvedimento, la sua provenienza dall'organo che l'ha formato ed i fatti che attengono allo svolgimento del processo e vi sono narrati, mentre non costituisce certo prova della verità della sua motiva-

che le presunzioni ben potrebbero invece prestarsi al caso, egli mostrava perché sia malsicuro presumere che i giudizi di fatto contenuti in una sentenza siano generalmente veri⁹¹.

Poiché questa opinione tradizionale sembra tutt'oggi validissima⁹², si deve constatare che l'art. 7, comma 2°, attribuendo efficacia di prova liberamente apprezzabile alla decisione definitiva straniera in punto di illecito antitrust, abbia in verità creato un nuovo *tipo* di prova, *speciale* perché utilizzabile in un lotto ristretto di giudizi civili⁹³, ed *eccezionale* perché introdotta in deroga a ben saldi principi del diritto delle prove.

Debbo dire però che, mentre trovo eccessivo, per le ragioni già illustrate⁹⁴, l'«ipervincolo» voluto dall'art. 7, comma 1°, crederci che la meno radicale previsione dell'art. 7, comma 2°, sia invece da approvare, e che anzi *de iure condendo* il suo pa-

zione in punto di fatto (v. ancora CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 560, 572).

⁹¹ V. CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 574.

⁹² Benché, invocando la generale ammissibilità delle prove atipiche, la giurisprudenza attuale ammetta invero senza soverchia problematizzazione l'indistinto impiego come prova della sentenza civile passata in giudicato: fa il punto, da ultimo, Cass., 9 luglio 2019, n. 18325, in *Giur. it.*, 2020, p. 2454, con nota di SACCHETTO, *Tramonto dell'efficacia riflessa del giudicato*; in *Corr. giur.*, 2020, p. 667, con nota di BARONE-BUFANO, *Solidarietà passiva «atipica» (nell'assicurazione r.c. auto) ed efficacia riflessa del giudicato*; e in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1708, con nota di VANZETTI, *Sentenza tra danneggiante e danneggiato e prova documentale nel procedimento monitorio contro l'assicurazione per la r.c.a.* (q.v. anche per dettagliati riferimenti ulteriori).

⁹³ Anche in relazione all'art. 7, comma 2°, sorge naturalmente il problema, già menzionato fra quelli generati dall'art. 7, comma 1°, dei limiti della sua applicazione ad azioni diverse da quella di risarcimento del danno antitrust, ma ad essa connesse e con essa magari cumulate (v. *supra*, n. 9; si noti peraltro che il comma 2° non ripete la limitazione espressa nel comma 1° dell'articolo in esame, ancorché sia probabilmente corretto ritenerla ugualmente operante: v. NEGRI, *L'efficacia delle decisioni amministrative*, cit., p. 522).

⁹⁴ V. *supra*, n. 8-10.

radigma meriti d'esser cautamente esteso alle pronunce di altre autorità indipendenti.

Accettando sì qualche piccolo rischio d'ingiustizia (probabilmente non maggiore, però, dei rischi che si correrebbero, imponendo al giudice civile di non tener alcun conto della pronuncia amministrativa e di ripeterne ogni indagine istruttoria; e certo minore dei rischi che viceversa si correrebbero, vincolando il giudice civile ai risultati di quell'indagine), le preoccupazioni diffuse in dottrina possono in questo particolare caso esser forse superate.

Come si è visto poco fa, Calamandrei diffidava dell'uso della sentenza come prova, prim'ancora che in virtù di argomenti tratti dal diritto allora vigente e qui non più rilevanti⁹⁵, per via dei limiti imposti all'istruttoria dal principio dispositivo; egli inoltre, scrivendo in generale, ne temeva soprattutto l'uso contro soggetti che non avessero partecipato al giudizio nel quale la sentenza ebbe a formarsi: caso che davvero comporta intollerabile compressione del diritto di difesa. Nella speciale ipotesi del procedimento dinanzi alle autorità indipendenti, l'istruttoria in-

⁹⁵ Osservava ad es. CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 572, come la sentenza del giudice civile non rientrasse fra i mezzi di prova previsti dalla legge. Il problema non è però qui rilevante, giacché, a tacer d'ogni considerazione in punto di ammissibilità delle prove atipiche o innominate (v. *supra*, nt. 92; su di esse è d'obbligo il rinvio a G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano, 1999, spec. p. 264, 419), non v'è dubbio che l'art. 7, comma 2°, basti a «tipizzare» un nuovo mezzo istruttorio ed a superare ogni difficoltà al riguardo. Analoga obiezione potrebbe muoversi contro chi, onde contestare l'efficacia probatoria della sentenza, invocasse *de iure condito*, per analogia, il limite di efficacia previsto oggi dall'art. 310, comma 3°, c.p.c., in relazione alle prove assunte in altro processo, ché l'art. 7, comma 2°, d. lgs. cit., consentirebbe evidentemente di superare anche detta invocazione; ed ancora, contro l'argomento che CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 574, correttamente traeva, *olim*, dall'art. 361, comma 2°, c.p.c. 1865, ove si comminava, con norma però non ripresa dalla codificazione attuale, la nullità per difetto di motivazione della sentenza che «siasì puramente riferita» ai motivi di una sentenza precedente.

contra invece ben pochi limiti e l'impresa che la subisce, nei cui soli confronti la decisione amministrativa potrà un domani far prova, ha diritto di parteciparvi con pienezza di poteri, nonché di sottoporne gli esiti al controllo terzo ed imparziale del giudice amministrativo, il quale a sua volta ha ben larga potestà di istruire d'ufficio⁹⁶.

Resta inoltre vero, come pure ho avuto già modo di notare⁹⁷, che le autorità garanti, per larghezza d'esperienze e conoscenze tecniche, sono la miglior sede per far emergere la verità intorno a vicende economiche variegata e complesse come di regola sono quelle alla base degli illeciti concorrenziali. Tanto che, vien fatto di provocare, se nelle cause risarcitorie *stand-alone* i giudici civili potessero nominare quale c.t.u. proprio l'autorità garante, non v'è dubbio ch'essi non esiterebbero a farlo, né che nel farlo sceglierebbero bene⁹⁸.

È lecito perciò confidare che, fra procedimento e processo amministrativo, la «porzione della realtà» sottratta al «campo visivo» di chi giudica⁹⁹ sia in potenza molto ridotta; e che del resto, finché la decisione amministrativa rimane una prova liberamente apprezzabile tra le altre, e non una prova vincolante, nulla vieta che ciò ch'è sfuggito al «campo visivo» dell'autorità sia

⁹⁶ V. ad es. TRAVI, *Lezioni*¹², cit., p. 264. Restano nondimeno fermi i dubbi manifestati *supra*, n. 8, circa i limiti e l'utilizzo in concreto di detti poteri, che il giudice civile dovrà certo saper considerare nel quadro del libero apprezzamento probatorio della decisione invocata dinanzi a lui.

⁹⁷ V. *supra*, n. 10.

⁹⁸ Né credo che la valorizzazione dei risultati dell'istruttoria dinanzi all'autorità garante possa criticarsi perché, seppur condotta in contraddittorio, essa si compie dinanzi ad un organo che difetta di terzietà (v. *supra*, n. 8, testo e nt. 62): la possibilità di controllo giurisdizionale della decisione amministrativa dinanzi al giudice del ricorso, se è probabilmente troppo poco per farne un precedente vincolante nel giudizio ordinario (si rammentino i dubbi manifestati *supra*, n. 8), basta certo a renderla degna d'esser ivi almeno liberamente apprezzata come prova.

⁹⁹ Cfr. ancora CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 570.

poi incluso nel «campo visivo» del giudice civile, di modo che eventuali distorsioni siano debitamente corrette; né è impedito che il giudice civile si avveda, là dove se ne dia l'eccezionale caso, che la decisione amministrativa risulti inopinatamente manchevole, inconcludente o inattendibile, e non vi faccia allora affidamento alcuno.

Abusando della felice immagine del ponte, si potrebbe insomma dire che non si tratta, in questo particolare caso, d'un «ponte di fortuna», tirato su con elementi di recupero, ma di un ponte di buone spalle, costruito usando i migliori materiali, sotto la direzione di pontieri fra i più capaci; e che, quando poi si tratterà di passarlo ancora, chi si trovi a farlo avrà comunque la possibilità di saggiarne prima la tenuta, mettendolo in sicurezza, se il nuovo attraversamento lo rendesse necessario, o perfino demolendolo e ricostruendolo daccapo se circostanze eccezionali lo consigliassero.

Calamandrei diffidava inoltre dell'uso della sentenza come prova, perché trovava che in tal modo si assecondasse l'«umana tendenza del giudice ad acquetarsi sulle opinioni già fatte»¹⁰⁰ e se ne incoraggiasse la «pigritia mentale»¹⁰¹; egli raccomandava perciò che il giudice non aderisse senz'altro alle conclusioni della sentenza precedente, bensì «risal[isse] alle prove su cui questa si è basata [...], per compiere per suo conto una diretta valutazione delle medesime»¹⁰². Sono, anche queste, osservazioni convenientissime in linea di principio, ma ch'è forse opportuno rivedere nell'ipotesi peculiare della pronuncia definitiva di un'autorità indipendente. Permettere l'uso di simili pronunce come prove da apprezzare in modo libero, non certo accettandole supinamente, ma verificandone in contraddittorio la concreta persuasività e confrontandole criticamente con altre prove, appa-

¹⁰⁰ Così CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 574.

¹⁰¹ CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 577.

¹⁰² V. ancora CALAMANDREI, *La sentenza civile*, cit., p. 574.

re qui eccezionalmente soluzione più equilibrata e ragionevole di quella che prescrive di rinnovare sempre e comunque tutta l'istruttoria, magari in decine o in centinaia di giudizi risarcitori, molti dei quali neppure di gran valore, ivi nominando consulenti costosi, peraltro esposti anch'essi all'uguale tentazione di «acquetarsi» sulle opinioni dell'autorità. Né può troppo preoccupare la circostanza che il giudice civile non risalga così, almeno di regola, alla valutazione diretta, «per suo conto», delle prove raccolte nel procedimento amministrativo, ma le apprezzi invece mediatamente, attraverso l'elaborazione che ne ha già fatto l'autorità: da un canto, per le prove di eccezionale complessità tecnica, l'apprezzamento mediato dalla maggior perizia altrui è inevitabile e del tutto consueto (si pensi alla funzione della consulenza detta «deducente»)¹⁰³; d'altro canto, nel proprio indiscusso ruolo di *peritus peritorum*, dal quale l'art. 7, comma 2°, certo non lo toglie, al giudice civile non sarebbe comunque mai preclusa alcuna utile rettifica dei giudizi di fatto contenuti nella decisione amministrativa.

12. – Terminato così questo pur superficiale esame delle norme processuali che governano i rapporti fra *public* e *private enforcement* in materia di illeciti antitrust, ne rimane, nel complesso, una discreta impressione generale. Saggia si rivela soprattutto la ricerca, da parte del legislatore europeo e di quello italiano, di regole e paradigmi nuovi che, discostandosi anche significativamente dai principi del diritto processuale comune, provvedano a soluzioni più adeguate alle esigenze di tutela giurisdizionale del diritto della concorrenza.

Nel perseguire tale opportuno intento, mi pare che la legge si sia decisamente mossa nella direzione giusta, là dove agevola

¹⁰³ La distinzione tra consulenze tecniche con funzioni «deducanti» e «percipienti» è da tempo *ius receptum* in giurisprudenza: v. da ultimo e per tutte Cass., 24 giugno 2020, n. 12387.

l'accesso alle prove ed estende l'efficacia degli ordini di esibizione¹⁰⁴, e là dove apre al libero utilizzo probatorio di anteriori pronunce giurisdizionali straniere, se rese nel contraddittorio della parte nei cui confronti si pretenda d'utilizzarle¹⁰⁵. Mi sembra invece fuori proporzione la scelta di attribuire una troppo ampia efficacia vincolante, di giudicato e prova legale insieme, alle decisioni definitive dell'autorità garante italiana¹⁰⁶. La deroga ai principi generali che tale scelta comporta è insieme pericolosa e non necessaria: ben avrebbe potuto, il legislatore, attribuire anche alle decisioni nazionali la medesima efficacia di prova libera riconosciuta alle pronunce straniere, ottenendo così maggiore equilibrio fra l'aspirazione del danneggiato ad un giudizio ragionevolmente semplice, celere ed economico, e l'aspirazione dell'impresa a che nessun elemento della fattispecie dannosa, di fatto o di diritto che sia, sfugga al controllo del giudice civile (con l'ulteriore vantaggio di non discriminare fra le autorità garanti dei diversi Stati membri)¹⁰⁷.

Mi fermo qui, ad una critica di opportunità. Non desidero nemmeno provare a discutere se la scelta dell'art. 7, comma 1°, oltre che inopportuna, sia addirittura in contrasto con alcune disposizioni della Costituzione italiana, quali gli artt. 24, comma 2°, e 111, comma 2° (perché si ritenga insufficiente il sindacato giurisdizionale garantito da tale scelta)¹⁰⁸, ovvero gli artt. 25, comma 3°, e 111, comma 7° (perché, in relazione alle cause risarcitorie *follow-on*, la cognizione sui presupposti civilistici dell'illecito ne resti sottratta al giudice naturale delle controversie fra i privati)¹⁰⁹, ovvero ancora l'art. 101, comma 2° (perché

¹⁰⁴ V. *supra*, n. 3.

¹⁰⁵ V. *supra*, n. 11.

¹⁰⁶ V. *supra*, n. 4-10.

¹⁰⁷ Cfr. anche i rilievi conclusivi di VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit., p. 1182.

¹⁰⁸ V. *supra*, n. 8.

¹⁰⁹ V. ancora *supra*, n. 8.

vi si scorga, rimpannucchiato, un assoggettamento del giudice ordinario al potere amministrativo)¹¹⁰. Sono persuaso che l'esistenza di simili contrasti abbia dalla sua parte gli argomenti migliori, ma credo anche che in senso contrario pure potrebbero avanzarsene di buoni, sì che una simile discussione difficilmente riuscirebbe risolutiva.

Senza perciò necessità d'evocare «controlimiti»¹¹¹, esprimo tuttavia il conclusivo auspicio che il legislatore europeo non abusi di modelli che prevedono l'istituzione di vincoli del giudice civile agli accertamenti ed alle valutazioni compiute dalle autorità indipendenti; e che, dove accada che un procedimento sanzionatorio dinanzi all'autorità ed una conseguente causa civile trattino di identiche questioni di fatto, esso prediliga piuttosto modelli basati sull'impiego della decisione amministrativa come prova, che è assai meno dirompente e certo più semplice da accordare con gli ordinamenti interni degli Stati membri¹¹²: specie

¹¹⁰ Il tema è ora ampiamente discusso da PARODI, *L'accertamento definitivo*, cit., spec. p. 1151.

¹¹¹ In tema, si consenta di limitare i riff. alla recente raccolta *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di Bernardi, Napoli, 2017.

¹¹² Mi sembra di buon auspicio, in tal senso, leggere ora l'art. 15 dir. 2020/1828/UE del 25 novembre 2020, recante norme relative alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, secondo cui «gli Stati membri provved[ono] affinché una decisione definitiva di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa di qualsiasi Stato membro relativa all'esistenza di una violazione a danno degli interessi collettivi dei consumatori possa essere usata da tutte le parti come prova nell'ambito di eventuali altre azioni dinanzi ai loro organi giurisdizionali o autorità amministrative nazionali al fine di invocare provvedimenti risarcitori nei confronti dello stesso professionista per la stessa pratica, conformemente al diritto nazionale in materia di valutazione delle prove» (cfr. anche i cons. 22 e 64 della direttiva; a tenore di quest'ultimo, in particolare, «gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché la decisione definitiva di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa di qualsiasi Stato membro relativa all'esistenza di una violazione a danno degli interessi collettivi dei consuma-

di quelli, come il nostro, nei quali il controllo giurisdizionale sopra la decisione dell'autorità spetta ad un giudice diverso dal giudice civile.

Quanto al legislatore italiano, deve evidentemente estendergli analogo auspicio; nonché forse l'invito, quando la sanzione amministrativa colpisca comportamenti per sé tipicamente idonei a causar danni diretti a terzi privati, a considerare di attribuire la giurisdizione sul relativo gravame al giudice ordinario anziché al giudice amministrativo¹¹³.

tori possa essere usata da tutte le parti come prova nell'ambito di eventuali altre azioni volte a ottenere provvedimenti risarcitori nei confronti dello stesso professionista per la stessa condotta dinanzi ai propri organi giurisdizionali o autorità amministrative. In coerenza con l'indipendenza della magistratura e la libera valutazione delle prove, ciò dovrebbe lasciare impregiudicato il diritto nazionale in materia di valutazione delle prove»; in generale sulla direttiva, cui ad oggi in Italia non è ancora stata data attuazione, v. BONA, *La direttiva 2020/1828/UE sulla tutela rappresentativa dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2021, p. 252; in precedenza già SAIJA, *La distinzione tra public e private enforcement*, cit., p. 131).

¹¹³ Cfr. ad es. LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo*, cit., p. 22; nonché già NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, cit., I, p. 281; CHIZZINI, *L'equo processo*, cit., p. 353. Così avviene, oltre che per i provvedimenti di Consob e Banca d'Italia (giusta due ben note pronunce del giudice delle leggi: Corte cost. 27 giugno 2012, n. 162, e Corte cost. 15 aprile 2014, n. 94), ad es. riguardo alle decisioni del garante nazionale per la protezione dei dati personali, i cui provvedimenti sanzionatori si contestano per mezzo di ricorso all'autorità giurisdizionale ordinaria ex artt. 143, comma 4°, e 152 d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (si è peraltro deciso in giurisprudenza che, nell'azione di risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'illecito trattamento dei dati personali, la quale spetta esclusivamente al giudice ordinario, l'anteriore provvedimento sanzionatorio del garante, quand'anche in sé definitivo, non vincoli detto giudice; e si è invocata, a sostegno di tale opinione, la mancanza di terzietà del garante: cfr. spec. Cass., 25 maggio 2017, n. 13151; MAZZA, *Profili processuali del diritto alla protezione dei dati personali nel regime del reg. UE n. 679/2016 (GDPR) e del riformato d. lgs. n. 196/2003*, in *Corr. giur.*, 2021, p. 969; cfr. anche artt. 63 ss. reg. UE 23 ottobre 2018, n. 1725/2018).

