

# INDICE

	<i>pag.</i>
INTRODUZIONE	1
 CAPITOLO I IL REBUS DELLE COMPETENZE: ALLA RICERCA DEL GIUDICE SPECIALIZZATO PER IL PRIVATE ENFORCEMENT DEL DIRITTO ANTITRUST	
1. L'assetto originario: la competenza per materia della Corte d'appello	5
2. <i>Segue</i> : carattere meramente esemplificativo del riferimento testuale alle azioni di nullità e di risarcimento del danno	14
3. La dimensione, nazionale o comunitaria, dell'illecito	21
4. <i>Segue</i> : i poteri del giudice nella valutazione della dimensione comunitaria ai fini della competenza	29
5. La cognizione in via incidentale ed i rapporti tra diritto antitrust e concorrenza sleale	35
6. <i>Segue</i> : illeciti afferenti all'esercizio di diritti di proprietà industriale e sezioni specializzate industriali	43
7. Considerazioni conclusive sull'insostenibile frammentazione delle competenze	53
8. Postilla: le sezioni specializzate "in materia di impresa" e la riunificazione delle competenze	61
 CAPITOLO II LA DIMENSIONE INTERNAZIONALE: QUESTIONI DI GIURISDIZIONE E LEGGE APPLICABILE	
1. Contenzioso <i>antitrust</i> e diritto internazionale privato Processuale: delimitazione del settore di indagine	71

	<i>pag.</i>
2. Un preliminare problema di qualificazione	77
3. La legge applicabile e l'art. 6 del Regolamento Roma II	82
4. <i>Segue</i> : cenni alla legge applicabile alle pretese "contrattuali"	93
5. Illeciti <i>antitrust</i> transnazionali e giurisdizione. Cenni al contenzioso contrattuale	94
6. Pretese risarcitorie extracontrattuali e <i>forum commissi delicti</i>	98
7. <i>Segue</i> : prospettive in tema di concentrazione processuale del contenzioso "misto"	111
8. Il foro del litisconsorzio passivo e la nozione comunitaria di impresa	115
9. <i>Segue</i> : il problema dell'abuso del <i>forum connexitatis</i>	125
10. Le clausole di scelta del foro	137

## CAPITOLO III

## I RIMEDI PREVENTIVI E CAUTELARI

## SEZIONE PRIMA

## LA TUTELA INIBITORIA CONTRO PRATICHE RESTRITTIVE DELLA CONCORRENZA

1. Possibili percorsi per superare il silenzio del legislatore	141
2. Provvedimenti amministrativi di diffida e tutela inibitoria in sede civile: coesistenza ed interferenze	150

## SEZIONE SECONDA

LA TUTELA CAUTELARE 163

1. Profili procedimentali: la competenza c.d. interna ed il giudice del reclamo	163
2. Provvedimenti cautelari del giudice civile e poteri dell'Autorità garante	167
3. I provvedimenti d'urgenza a contenuto inibitorio: l'orientamento della giurisprudenza	174
4. Valutazione critica dell'orientamento giurisprudenziale alla luce dei principi in materia di strumentalità cautelare	178
5. Le inibitorie conservative e l'attenuazione della strumentalità strutturale	189
6. Le inibitorie cautelari positive	206
7. <i>Segue</i> : obblighi a contrarre e disciplina <i>antitrust</i>	209
8. <i>Segue</i> : l'obbligo a contrarre dell'impresa in posizione dominante nel sistema del diritto civile	216

	<i>pag.</i>
9. Le sanzioni civili dell'inadempimento degli obblighi legali a contrarre e l'ammissibilità di una tutela in forma specifica	218
10. <i>Segue</i> : la tutela specifica mediante inibitoria c.d. positiva: considerazioni critiche	224
11. <i>Segue</i> : obblighi a contrarre e tutela cautelare	237

## CAPITOLO IV

LE TUTELE DI MERITO  
TRA DIRITTO SOSTANZIALE E PROCESSO

1. Il c.d. <i>antitrust private enforcement</i> : l'esperienza statunitense	243
2. La prospettiva europea: le proposte del Libro Bianco sul risarcimento del danno <i>antitrust</i>	251
3. <i>Segue</i> : <i>pro</i> e <i>contra</i> di una armonizzazione settoriale: verso un diritto processuale speciale per la tutela della concorrenza?	259
4. Il contenzioso civilistico in materia antitrust tra illeciti escludenti e illeciti di sfruttamento: la cerchia delle potenziali vittime di una restrizione della concorrenza	266
5. Il dibattito italiano sul risarcimento del danno patito dai "consumatori"	272
6. Acquirenti diretti e indiretti: il fenomeno della traslazione del danno	276
7. Illecito <i>antitrust</i> e invalidità contrattuale: in particolare, la sorte dei c.d. contratti a valle dell'intesa nulla	282
8. Il risarcimento del danno subito dalle "controparti di mercato" e il dibattito sulla natura della responsabilità	291
9. Punti fermi e problemi aperti: il <i>dies a quo</i> della prescrizione	296
10. La ripartizione dell'onere della prova nelle azioni risarcitorie: in particolare, la prova dell'illecito nel contenzioso c.d. <i>follow-on</i>	299
11. <i>Segue</i> : la prova del danno e del nesso causale	316
12. <i>Segue</i> : la prova dell'entità del danno: confronto con le tecniche codificate nel settore della proprietà intellettuale	322
13. L'asimmetria informativa e l'accesso alla prova tra esibizione documentale e <i>disclosure</i> : le proposte del Libro Bianco	327
14. <i>Segue</i> : confronto tra la c.d. <i>discovery</i> industriale e l'esibizione documentale di diritto comune; il c.d. diritto di informazione ed il progressivo tramonto del canone <i>nemo tenetur edere contra se</i>	335
15. Considerazioni conclusive sulla costruzione di un diritto processuale "industriale" mediante estensione analogica delle disposizioni speciali del Codice della proprietà industriale	344

CAPITOLO V  
AZIONE DI CLASSE ED ILLECITO *ANTITRUST*

1.	La dimensione collettiva dello <i>antitrust private enforcement</i>	349
2.	<i>Segue: antitrust class actions</i> in USA: la <i>Federal Rule 23</i>	353
3.	<i>Segue: peculiarità della certification</i> in materia <i>antitrust</i>	363
4.	<i>Segue: le class actions</i> per conto di acquirenti indiretti: differenziazioni all'interno della classe, problemi di coordinamento e difficoltà nella distribuzione del ricavato	369
5.	Le proposte avanzate a livello comunitario	377
6.	La via italiana all'azione di classe: ambito di applicazione <i>ratione personae</i> dell'art. 140 <i>bis</i> cod. cons.	384
7.	<i>Segue: tratti qualificanti della nuova "azione di classe"</i>	391
8.	<i>Segue: omogeneità dei diritti individuali</i>	399
9.	<i>Segue: le differenziazioni interne alla classe: in particolare, la divisione in sottoclassi</i>	406
10.	<i>Segue: l'unicità dell'azione di classe</i>	414
11.	L'interazione tra il versante pubblico e quello "privato" della tutela: la sospensione dell'azione di classe e l'efficacia delle decisioni amministrative rese dall'Autorità garante	423
INDICE ANALITICO		433

## INTRODUZIONE

*La tutela della concorrenza e del mercato è venuta acquistando negli anni un ruolo sempre più centrale nell'esperienza economica e giuridica; l'attenzione dei giuristi ed i contributi di studio e riflessione sono aumentati di pari passo, componendo ormai una vastissima biblioteca dai caratteri spiccatamente internazionali ed interdisciplinari. Lo scenario normativo, soprattutto a livello comunitario, si è negli ultimi anni rapidamente evoluto, nella costante tensione verso tecniche efficienti di indagine e sanzione delle condotte anticompetitive; non meno rilevante è stato l'impatto della prolifica produzione giurisprudenziale delle Corti comunitarie.*

*Con riguardo al c.d. antitrust private enforcement, peraltro, i progressi sono stati assai meno eclatanti. Il Libro Bianco sul risarcimento del danno del 2008 avrebbe dovuto precludere in tempi brevi ad una parziale armonizzazione delle normative civilistiche e processualcivilistiche degli Stati membri in modo da incoraggiare il ricorso alla giustizia civile nazionale da parte delle vittime di comportamenti collusivi o di sfruttamenti abusivi di posizioni dominanti. L'ambizioso progetto non ha finora avuto seguito, anche se la Commissione ha nel frattempo elaborato importanti documenti di orientamento, che certamente potranno agevolare il compito dei giudici nazionali. L'auspicata esplosione del contenzioso civilistico e la sua metamorfosi in secondo pilastro della sorveglianza sulla concorrenzialità del mercato non si è dunque finora verificata, ma nondimeno il ricorso dei privati alle corti civili per invocare tutela contro violazioni delle norme antimonopolistiche è divenuto una realtà di assoluto rilievo, se non numericamente almeno per il ragguardevole valore economico spesso raggiunto dalle controversie.*

*Il presente studio si propone quindi di riprendere, tenendo conto delle numerose novità nel frattempo intervenute, le fila del discorso già avviato anni addietro nel volume "Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza"<sup>1</sup>, dedicato ai rapporti tra Autorità garante della concorrenza e del mercato, giudice amministrativo e giudice civile, concentrando ora l'attenzione sui rimedi civilistici*

---

<sup>1</sup> Nelle pagine seguenti ogni richiamo al "volume primo" va riferito all'opera citata nel testo ed apparsa in questa medesima Collana.

*esperibili dalle vittime di comportamenti anticompetitivi e sulla loro attuazione processuale*<sup>2</sup>. Quasi seguendo idealmente l'ordine logico delle questioni e quello cronologico delle iniziative processuali, l'opera si propone in primo luogo di indagare il lento e faticoso percorso normativo e giurisprudenziale verso una più efficiente concentrazione delle competenze presso un giudice "specializzato". Si ripercorrerà così, illustrandone via via le criticità, il cammino che dall'originaria formulazione dell'art. 33 cpv., l. n. 287/90 ha infine portato, passando per una progressiva e sempre più minuta frammentazione delle competenze, all'attuale, recentissimo approdo: il cd. Tribunale per l'impresa (rectius, Sezioni specializzate "in materia di impresa"), che, quasi inaspettatamente dopo anni di colpevole inerzia, ha finalmente e con grandissimo ritardo realizzato il corale auspicio di una (quasi completa) riunificazione delle competenze in materia antitrust. Resta il dubbio che il legislatore abbia questa volta peccato per eccesso, conglobando innanzi alle ex Sezioni specializzate industriali altresì parte delle controversie in materia societaria, con il rischio di azzerare il "vantaggio competitivo" della specializzazione e di sovraccaricare i ruoli delle sezioni.

La frequente proiezione internazionale delle controversie civili antitrust e soprattutto di quelle fondate su violazioni dei precetti comunitari impone poi di affrontare analiticamente le questioni di giurisdizione e legge applicabile, alla luce dei Regolamenti Bruxelles I e Roma II. Si tratta di un tema relativamente poco indagato in dottrina, ma sul quale già si contano importanti prese di posizioni giurisprudenziali: da queste si sono quindi prese le mosse per dipanare i molti problemi sollevati soprattutto dalle pretese risarcitorie.

Il terzo capitolo è dedicato ai rimedi preventivi, volti cioè alla cessazione della condotta illecita, cui la giurisprudenza dominante riconosce cittadinanza solo in via cautelare. L'indagine mira a dimostrare la piena ammissibilità della tutela civile inibitoria, nonostante manchi una previsione espressa in tal senso, e quindi di una condanna alla cessazione della condotta abusiva anche in via definitiva: pur nella consapevolezza che l'interesse della vittima di una illecita restrizione della concorrenza, tanto più a fronte di illeciti di impedimento, postula in primo luogo l'intervento urgente onde ripristinare al più presto condizioni di concorrenza effettiva e prevenire pregiudizi irreparabili. Acquisita la possibilità di adottare condanne inibitorie (definitive e, soprattutto) urgenti, la concreta

---

<sup>2</sup> Doveroso è il riferimento agli studi di coloro che per primi hanno inaugurato questa feconda prospettiva di studi interdisciplinari, e quindi in primo luogo a: LIBERTINI, che nell'articolo "Il ruolo del giudice nell'applicazione delle norme antitrust" (in *Giur. comm.*, 1998, I, 649 ss.) delinè con esemplare chiarezza le linee di fondo dei problemi posti dall'art. 33, l. n. 287/90; nonché all'opera a quattro mani di: TAVASSI-SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, *passim*, volume che, opportunamente colmando un vuoto bibliografico (così: CONSOLO, nella sua *Recensione*, pubblicata in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 560 ss.), ebbe il merito di inaugurare con attenta sensibilità pratica un ricco filone di ricerca sull'attuazione giudiziale del diritto antitrust.

*casistica giurisprudenziale sollecita però ad indagare quali contenuti l'inibitoria possa assumere ed in particolare se ed in che limiti il giudice civile possa sanzionare in forma specifica l'illecito rifiuto di contrarre opposto, ad esempio, dall'impresa dominante.*

*Il capitolo quarto è dedicato alle tutele di merito e quindi essenzialmente al risarcimento del danno, che rappresenta il rimedio al quale più spesso aspira la vittima della condotta anticompetitiva e sul quale si è concentrata l'attenzione della Commissione europea e della Corte di giustizia nei fondamentali arrê Courage e Manfredi. È in questa sede, perciò, che ci si è confrontati con le proposte avanzate dal Libro Bianco, analizzandone il potenziale impatto all'interno del nostro ordinamento.*

*Tra le questioni di maggior momento, sotto il profilo della concreta attuazione processuale del c.d. antitrust private enforcement, si staglia senza dubbio quella della prova dell'illecito e del danno, dove maggiormente si coglie la tensione tra volontà di incentivare il ricorso alle corti nazionali da parte delle vittime e rischio di abbassare eccessivamente lo standard probatorio, alterando la parità delle armi tra i contendenti.*

*Il confronto con il Libro Bianco consente poi di far emergere compiutamente un'ulteriore prospettiva, che percorre in filigrana tutto lo studio. Le proposte comunitarie infatti tendono ad un'armonizzazione settoriale della disciplina non solo civilistica, ma anche processuale ed obbligano l'interprete a confrontarsi con la ricorrente questione della opportunità o meno di dare vita a micro-sistemi differenziati di tutela civile e processuale. La questione, dunque, è se la specialità del diritto antitrust meriti di essere rispecchiata in una disciplina sostanziale e processuale in certa misura deviante dai canoni comuni.*

*In quest'ottica, peraltro, assume un evidente rilievo, al di là dell'incerto futuro delle iniziative comunitarie, l'esistenza nel nostro ordinamento, già de jure condito, di una disciplina processuale speciale dedicata ad un settore contiguo a quello antitrust e cioè al settore della proprietà industriale ed intellettuale. L'affinità sistemica tra i due settori può essere valorizzata al fine di giustificare l'estensione della competenza del giudice specializzato per la proprietà industriale e intellettuale anche all'intero ambito della tutela della concorrenza; ma può anche rappresentare il fondamento per un'operazione interpretativa di più ampio respiro, volta alla costruzione di una disciplina processuale comune mediante l'estensione all'intero settore del contenzioso industriale delle regole speciali dettate per il processo IP e soprattutto di quelle in materia di accesso alla prova. L'ipotesi, certo arida, deve essere dunque attentamente vagliata, onde verificarne la praticabilità in via interpretativa ovvero l'opportunità de jure condendo.*

*Lo studio si conclude, infine, sulle prospettive dischiuse dalla azione di classe, quale essenziale complemento e lievito dell'antitrust private enforcement. La via nazionale alla tutela risarcitoria "di classe" verrà quindi posta a raffronto con la*

*ricca esperienza statunitense (vista quale termine di comparazione disomogeneo, ma nondimeno imprescindibile), nonché con le suggestioni provenienti dalla Commissione europea, al fine di individuare attuali criticità e potenziali interventi migliorativi del delicato congegno.*

## SEZIONE SECONDA

### LA TUTELA CAUTELARE

#### 1. *Profili procedurali: la competenza c.d. interna ed il giudice del reclamo*

Il tenore dell'art. 33, co. 2, nella parte in cui si riferisce ai “ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti d'urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai Titoli dal I al IV” ha fatto sorgere più di un interrogativo circa i limiti ed i caratteri della tutela cautelare in relazione ad illeciti anticoncorrenziali<sup>46</sup>. La recente devoluzione dell'intero contenzioso *antitrust* alle Sezioni specializzate “per l'impresa” e la conseguente abrogazione della competenza per materia in unico grado della corte d'appello mutano in parte lo scenario, consentendo così il superamento almeno di alcuni nodi problematici. Come già accennato, infatti, la nuova disciplina delle sezioni specializzate “per l'impresa” agevola la conclusione, già prevalente con riguardo alle sezioni specializzate industriali, secondo cui solo la decisione, e non già invece l'intera fase di trattazione come per le sezioni specializzate agrarie, è riservata al collegio (Cap. I, § 8). Conseguentemente, la pronuncia dei provvedimenti d'urgenza spetterà secondo la regola generale ad un giudice singolo.

Resta così superato il problema sollevato dal previgente art. 33 cpv., l. n. 287/90, sulla cui base la giurisprudenza delle Corti d'appello si era venuta progressivamente polarizzando in due contrapposti schieramenti: da un lato, il fermo orientamento della Corte d'appello di Milano, favorevole alla competenza del giudice singolo<sup>47</sup>; dall'altro, le restanti corti d'appello per lo più tendenti,

---

<sup>46</sup> Alcune iniziali perplessità sono peraltro ormai del tutto dissipate. Così, nonostante il riferimento esclusivo ai provvedimenti di urgenza, si conviene che la previsione non escluda gli altri provvedimenti cautelari disciplinati dal codice di rito, inclusi i sequestri e l'istruzione preventiva (per tutti: TAVASSI-SCUFFI, *op. cit.*, 223; SPOLIDORO, *Provvedimenti provvisori del diritto industriale*, cit., 418; SORDELLI, *Provvedimenti cautelari nel diritto industriale, nel diritto d'autore e nella concorrenza*, cit., 564; favorevole alla lettura più ampia, in *obiter*: App. Milano, 23.1.1992, in *Riv. dir. comm.*, 1992, II, 267, nt. Alessi). Il riferimento esclusivo ai provvedimenti d'urgenza sarebbe giustificato dal fatto che, prima dell'entrata in vigore del nuovo procedimento cautelare uniforme, essi erano gli unici provvedimenti cautelari che potessero essere emanati da un giudice diverso da quello competente per il merito, e quindi gli unici in relazione ai quali risultasse necessario prevedere espressamente la competenza della corte d'appello.

<sup>47</sup> App. Milano, 4.11.2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3497 ss.; id., 10.11.2005, *ibidem*, 2006, I, 1187;

ma non senza contrasti, a privilegiare la competenza del collegio<sup>48</sup>. L'alternativa aveva delle significative ricadute in ordine alla competenza per il reclamo. Infatti, ove la cautela fosse stata concessa dal consigliere istruttore designato, in mancanza di un'espressa previsione<sup>49</sup>, la competenza sul reclamo si sarebbe dovuta ricavare, in via analogica dalla disposizione dettata per i provvedimenti emessi dal giudice singolo di tribunale<sup>50</sup>; laddove, in caso di pronuncia collegiale, avrebbe trovato piena applicazione il co. 2, dell'art. 669 *terdecies*, nella parte in cui investe del reclamo altra sezione della medesima corte o in mancanza la corte d'appello più vicina, secondo una logica di "impugnazione circolare" imposta dall'esigenza che il giudice del reclamo non coincida con il giudice del

---

id., 23.7.2005, in *Riv. dir. comm.*, 2005, 312, nt. Fabbio; id., 19.4.2005, *ibidem*, I, 2155; id., 20.7.2004, cit.; id., 2.5.2003, in *Dir. ind.*, 2003, 537, nt. Peroni; id., 2.7.1998, *ibidem*, 1999, 57; id., 29.9.1999, *ibidem*, 1999, 338; id., 2.5.2003, *ibidem*, 2003, 539; App. Napoli, 8.1.1998, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 29.

<sup>48</sup> Per la competenza collegiale: App. Torino, 7.8.2001, cit.; id., 18.6.2001, in *Giur. comm.* 2003, II, 56; App. Roma, 16.1.2001, cit.; App. Ancona, 6.12.1999, cit.; App. Catanzaro, 3.7.1998 e App. Roma, 3.3.1997, in *Riv. dir. comm.* 2000, II, 30, nt. Genovese e ivi ulteriori riferimenti. Significativa App. Bologna 9 12.1996, che in sede di reclamo dichiarava "giuridicamente inesistente" l'ordinanza emessa dal Consigliere istruttore in quanto promanante da organo che "alterato nella sua composizione numerica, non poteva identificarsi in quello investito della potestà giurisdizionale" (TAVASSI-SCUFFI, *op. cit.*, 707 ss.).

<sup>49</sup> Non tutti concordano sulla premessa che l'art. 669 *terdecies* non disciplini espressamente il caso, privilegiando un'interpretazione strettamente letterale del disposto, da intendersi nel senso che il reclamo contro i provvedimenti della Corte d'appello va sempre e comunque rivolto ad altra sezione o alla corte più vicina. La "chiara" lettera dell'art. 669 *terdecies* spezzerebbe il nesso biunivoco tra competenza collegiale e reclamo "esterno", impedendo il ricorso all'analogia anche a fronte di provvedimenti assunti dal consigliere istruttore (SALETTI, *Appunti sulla nuova disciplina dei procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 378; CORSINI, *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002, 286). In tal modo, la questione della composizione della corte d'appello quale giudice cautelare di prime cure finisce per assumere un rilievo tutto sommato marginale, posto che il principale interesse pratico sta appunto nell'individuazione del giudice del reclamo. La soluzione però non è accettabile in quanto finisce per sancire un regime di incompatibilità rafforzata per la sola corte d'appello, con un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto al reclamo contro i provvedimenti emessi dal giudice singolo di tribunale: se il reclamo al collegio, escluso il giudice singolo di Tribunale che abbia emesso il provvedimento, è adeguato a garantire l'imparzialità del giudice, non si vede per quale ragione ci si debba discostare da tale indicazione normativa quando il provvedimento cautelare sia adottato dal giudice singolo di corte d'appello. La lettera dell'art. 669 *terdecies* non può perciò frapporre un ostacolo insuperabile sulla via del conseguimento di una soluzione che, come riconosce lo stesso CORSINI, *op. ult. cit.*, 286, si presenta come la più "armonica dal punto di vista sistematico".

<sup>50</sup> ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, cit., 258; RECCHIONI, *Il procedimento cautelare uniforme*, in *I procedimenti sommari e speciali. II. I procedimenti cautelari*, a cura di Chiarloni e Consolo, Torino, 2005, 763. *Contra*: TARZIA-GHIRGA, in *Il procedimento cautelare*<sup>2</sup>, a cura di Tarzia, Padova, 2004, 439, ove, pur dando atto dell'opinabilità delle varie soluzioni, si conclude per il criterio "rotatorio" in base alla premessa, a parer nostro indimostrata, che la corte d'appello quale giudice di primo e unico grado operi sempre in composizione collegiale.

provvedimento reclamato. Con riguardo alla normativa previgente, la soluzione privilegiata dal foro ambrosiano mi era parsa – nonostante le autorevoli voci favorevoli alla competenza sempre collegiale della Corte d'appello, anche quando operi come giudice di unico grado<sup>51</sup> – per varie ragioni la più convincente, dato che la competenza cautelare del giudice singolo è pacificamente da considerarsi la regola, salve le sole ipotesi espresse di giudizi a trattazione interamente collegiale, come quelli devoluti alle sezioni specializzate agrarie o al Tribunale per i minorenni: donde l'applicabilità in via analogica dell'art. 669 *ter*, u.c., con designazione da parte del presidente della corte d'appello del magistrato al quale affidare la trattazione del procedimento<sup>52</sup>. In altre parole, partendo dal presupposto che il legislatore del 1990 non avesse affatto preso in considerazione le eccezionali ipotesi di competenza in unico grado della Corte d'appello, l'inter-

---

<sup>51</sup> MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., IV, 211, nt. 9 ss.; VERDE, in *Codice di procedura civile*, a cura di Verde-Di Nanni, Torino, 1991, 450; GIUS. OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 698. Con riferimento all'art. 33, co. 2, l. n. 287/90: CRISCUOLI, *Il rito ambrosiano nel diritto della concorrenza: considerazioni sul processo cautelare in materia antitrust*, in *Dir. ind.*, 2005, 195 ss. A favore della competenza collegiale, vengono mobilitati taluni indiretti indici positivi: in primo luogo il citato art. 669 *terdecies*, che costituisce pur sempre l'unico luogo in cui la legge espressamente attribuisce poteri cautelari alla Corte d'appello, e secondariamente l'art. 669 *ter* c.p.c., il cui tenore letterale parrebbe consentire esclusivamente al presidente del Tribunale la nomina del singolo magistrato per la trattazione del procedimento cautelare. In particolare dalla competenza sul reclamo, espressamente disposta dall'art. 669 *terdecies*, dovrebbe ricavarsi a ritroso un'indicazione vincolante circa la composizione collegiale dello stesso organo della cautela: evidentemente, la deduzione si fonda sul presupposto che sarebbe assurdo investire del reclamo addirittura un'altra sezione o un'altra corte d'appello, quando il provvedimento cautelare fosse emanato da un giudice singolo, designato dal presidente della corte; d'altra parte, optando per la competenza del giudice singolo, si sarebbe costretti ad "inventare" un reclamo c.d. interno, non previsto espressamente dalla legge per la Corte d'appello, estendendo in via analogica la regola dettata con riguardo ai provvedimenti del giudice singolo di tribunale. Può obiettarsi tuttavia che l'art. 669 *terdecies* c.p.c. si limita a regolare la competenza sul reclamo *quando* il provvedimento cautelare sia stato pronunciato dalla Corte d'appello in composizione collegiale (come tipicamente ove operi quale giudice di appello; per tutti: Consolo, art. 669 *ter*, in CONSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 586 ss., 596), ma di per sé non implica affatto che la competenza cautelare della corte d'appello spetti sempre ed invariabilmente al collegio: in assenza di previsioni specifiche, la questione resta dunque del tutto impregiudicata dall'art. 669 *terdecies*.

<sup>52</sup> ATTARDI, *op. ult. cit.*, 231; PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, 337; MERLIN, *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1995, 395; FRUS, *commento all'art. 669 ter*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di Chiarloni, Bologna, 1992, 625; CONSOLO, *Art. 669 ter*, cit., 586; id., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele: di merito sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 310. Con specifico riguardo alla materia *antitrust*, a favore della soluzione monocratica: ALESSI, *Tutela cautelare inibitoria, mercato rilevante*, cit., 289; LA CHINA, *op. cit.*, 671; TAVASSI-SCUFFI, *op. cit.*, 207; SORDELLI, *op. ult. cit.*, 575; SCUFFI, *L'evoluzione del diritto antitrust nell'esperienza giurisprudenziale italiana*, in *Antitrust between EC law and national law*, a cura di Raffaelli, Milano, 1998, 72 ss.; GENOVESE, *Questioni processuali in materia antitrust*, cit., 51.

prete deve muovere dal principio di coincidenza tra giudice del cautelare e giudice del merito. Poiché tale principio non si limita alla competenza, ma si applica anche alla composizione dell'organo giudicante<sup>53</sup>, si deve allora concludere: per la competenza cautelare del giudice singolo designato in applicazione analogica dell'art. 669 *ter ult.co. là dove* sia prevista, pur nei giudizi riservati alla decisione collegiale, la figura del giudice istruttore<sup>54</sup>; ovvero per quella del Collegio, ma *solo* quando la legge imponga anche la trattazione integralmente collegiale escludendo la stessa possibilità di nomina di un giudice istruttore. Il quesito circa la competenza cautelare della Corte d'appello, quale giudice *antitrust*, finiva quindi per gravitare sulla perdurante ammissibilità della scissione istruttore-collegio nei giudizi devoluti alla cognizione *in unico grado* della Corte d'appello, sfociando in una questione a sua volta dibattuta ed intrinsecamente incerta nell'equivocità dei dati positivi: infatti, mentre l'art. 350 c.p.c. si riferisce letteralmente ai soli procedimenti d'appello<sup>55</sup>, nemmeno l'art. 56 ord. giud. impone chiaramente la *trattazione* e non già solo la decisione integralmente collegiale pur quando la Corte d'appello giudichi in unico grado<sup>56</sup>. Le due soluzioni, entrambe astrattamente predicabili, presentano ciascuna dei *pro* e dei *contra*: se la competenza collegiale ed il reclamo "esterno" valorizzano adeguatamente la delicatezza e centralità della fase cautelare nella materia *antitrust*, la designazione del giudice singolo, presupponendo la figura del giudice istruttore nella fase di merito, consente una maggiore celerità e snellezza nello svolgimen-

---

<sup>53</sup> LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2011, 190.

<sup>54</sup> Nello stesso senso: RECCHIONI, *Il procedimento cautelare uniforme*, cit., 367. In giurisprudenza: App. Milano, 2.12.1993, id., 25.1.1994, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 529, in sede di giudizio per il riconoscimento e la dichiarazione di esecutorietà di un lodo arbitrale estero, anch'esso un giudizio in unico grado.

<sup>55</sup> *Contra*, CRISCUOLI, *op. ult. cit.*, 196, secondo il quale la composizione ordinaria della Corte d'appello sarebbe sempre collegiale, non essendo più prevista la figura del giudice istruttore. Peraltro, la l. n. 183/2011 ha recentemente attenuato il rigore dell'art. 350 c.p.c., lasciando ferma la collegialità della trattazione dell'appello innanzi alla corte, ma consentendo al Presidente del collegio di delegare ad uno dei suoi componenti l'assunzione dei mezzi istruttori (per un a lettura fortemente riduttiva, già: Cass., 14.6.2011, n. 12957, in *Foro it.*, 2011, I, 3036, nt. Costantino).

<sup>56</sup> Il problema si ripropone nei medesimi termini per il procedimento *ex art. 67 l. n. 218/1995*, che il d.lgs., n. 150/2011, art. 30, ha recentemente ricondotto al rito sommario di cognizione, conservando peraltro la competenza in unico grado della Corte d'appello. In relazione al vigente art. 796 c.p.c. si riteneva dovessero applicarsi le disposizioni previste per il procedimento di primo grado e si ammetteva la figura del giudice istruttore (ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, 661 e 704; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, II, Roma, 1956, 1; analogamente, con riferimento alla nuova disciplina: SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 872, nt. 29). Tuttavia, in giurisprudenza, sembra prevalere l'assimilazione al giudizio di appello, in virtù del principio secondo cui "davanti al giudice adito si osservano le forme proprie dei procedimenti davanti a lui, se non è altrimenti stabilito": Cass., 4.7.1998, n. 6551, in *Dir. eccles.*, 1999, II, 114; Cass., 14.1.2003, n. 365, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2773.

to dei giudizi<sup>57</sup>. In assenza di chiari indici normativi nel senso di un giudizio interamente e pienamente collegiale con soppressione della figura del giudice istruttore, è allora preferibile ritenere che nei giudizi *antitrust* davanti alla Corte d'appello la collegialità sia imposta unicamente in sede di decisione: con la conseguenza ulteriore che, come del resto è pacifico avvenga nelle materie devolute alla decisione del collegio di Tribunale ai sensi dell'art. 50 *bis* c.p.c., la pronuncia dei provvedimenti cautelari debba essere affidata al giudice singolo individuato dal presidente della corte.

Considerazioni analoghe debbono *a fortiori* ripetersi anche a proposito delle sezioni specializzate per l'impresa, in cui la riserva di collegialità discende oggi direttamente dall'art. 50 *bis* c.p.c. ed è quindi, in assenza di indicazioni normative contrarie, limitata alla fase di decisione<sup>58</sup>. La nuova competenza delle s.s.i., di per sé, nemmeno incide sul procedimento applicabile che, come per l'innanzi, resta quello disciplinato dal rito cautelare uniforme di cui agli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., salve solo le considerazioni, che verranno svolte a suo luogo, circa la potenziale *vis* attrattiva esercitata dalle disposizioni speciali del "rito cautelare industriale" (*infra*, Cap. IV, §§ 3 e 16).

## 2. *Provvedimenti cautelari del giudice civile e poteri dell'Autorità garante*

L'art. 33, co. 2, l. n. 287/90, dopo aver apparentemente ristretto i rimedi esperibili alle sole azioni di nullità e di risarcimento del danno, sembrerebbe letteralmente prevedere una generale competenza cautelare per qualsiasi provvedimento d'urgenza astrattamente concepibile in relazione ad una violazione della legge *antitrust*. La genericità ed imprecisione del testo di legge fecero così ipotizzare che al giudice civile fosse stato attribuito un "potere generale di cautela", ampiamente disancorato dalla stretta inerenza ad azioni di merito rientranti nella sua competenza. Il discorso sarà qui svolto con precipuo riferimento agli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali maturati nel vigore del previgente art. 33, cpv., e quindi con riguardo alla prassi delle Corti d'appello; il

<sup>57</sup> Per la preservazione della figura del consigliere istruttore nei giudizi *ex* art. 33, co. 2: App. Milano, 2.5.2003, cit. In senso diametralmente opposto, per la necessità che il procedimento rispetti "la natura strutturalmente collegiale" della Corte d'appello: App. Torino, 7.8.2001, cit. *Amplius*, Cap. I, § 8.

<sup>58</sup> Nel senso che la gestione del procedimento cautelare avanti alle s.s.i. rimanga "appannaggio del giudice singolo, designato *ante causam* o già istruttore della stessa": SCUFFI, *Diritto processuale della proprietà industriale*, cit., 313. Si evita così di doversi confrontare con il problema, anch'esso non testualmente risolto dal lacunoso art. 669 *terdecies*, dell'individuazione del giudice competente per il reclamo contro provvedimenti cautelari adottati dal Tribunale *in composizione collegiale* (per tutti: CORSINI, *op. ult. cit.*, 287 s.).