

APPELLO ROMA (ord.) _____
20 AGOSTO 1993

PRESIDENTE: CASSANO

RELATORE: SORACE

PARTI: F.I.E.G.

(*Avv. Vaccarella*)

SI.NA.GI.-C.G.I.L./SNAG CONFCOM-

MERCIO/U.I.L.T.U.C.S. GIORNALAI

(*Avv. D'Antona, Alleva,
Scoglio*)

FE.NA.GI. CONFESERCENTI

(*Avv. Aloisio*)

CISL GIORNALAI

(*Avv. D'Amati*)

**Concorrenza •
Comportamenti abusivi •
Provvedimenti di urgenza •
Proponibilità avanti al
giudice ordinario • Limiti**

La Corte d'Appello può adottare solo misure strumentali alle pronuncie di nullità e di risarcimento del danno devolute alla sua cognizione e non misure cautelari anticipatorie degli effetti dei provvedimenti di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

**Concorrenza •
Comportamenti abusivi •
Imputabilità alle**

**associazioni sindacali di
categoria • Esclusione**

I comportamenti posti in essere dalle singole imprese associate non sono imputabili alle associazioni sindacali, pur se la loro adozione sia stata ispirata da queste ultime nell'esercizio dell'attività di tutela degli interessi di categoria. Un ipotetico ordine di inibizione suppone un inammissibile automatismo vincolante tra le determinazioni delle associazioni sindacali e le condotte delle imprese associate, invece libere di aderire o meno alle determinazioni delle loro associazioni.

OSSERVA IN FATTO. — Con ricorso depositato addì 22/7/1993 la FIEG chiedeva, in via d'urgenza, ex art. 33, 2° co., l. n. 287/90, che la Corte inibisse « alle Organizzazioni convenute l'adozione dei comportamenti tutti siccome costituenti nel loro complesso, e/o singolarmente, abuso di posizione dominante — di cui al comunicato diffuso dalle Organizzazioni convenute ed elencati in esso comunicato *sub* lettere da *a*) ad *e*) » — [tali comportamenti erano così specificati: « *a*) rifiuto degli inserti non... consegnati contestualmente; *b*) indisponibilità all'affissione diretta od indiretta delle locandine; *c*) indisponibilità a qualsiasi collaborazione sui dati di vendita; *d*) disdetta degli accordi sulle modalità di pagamento esistenti localmente, con conseguente annullamento delle scelte in essere... » con « forma privilegiata del vaglia postale »; « *e*) non accettazione e sospensione di qualsiasi buono promozionale unilateralmente avviato da accordi convenuti tra industrie... e singoli editori »].

I descritti comportamenti costituivano — per la FIEG — « abuso di posizione dominante » illecito per violazione dell'art. 3 l. n. 287/90, ed andavano urgentemente repressi ex art. 33, 2° co., l. cit., per l'« irreparabile pregiudizio » da essi provocato alle imprese editrici rappresentate dalla FIEG, sulla base della premessa per cui i giornalisti andrebbero considerati veri e propri imprenditori, nonché titolari di una « posizione dominante » sul mercato (la collocazione « a valle » del ciclo produttivo dei rivenditori « rendeva palese lo stato di soggezione e debolezza istituzionale », che caratterizzava le imprese editrici).

I comportamenti indicati nel comunicato, pertanto, configuravano « abuso di posizione dominante » nella descritta situazione di fondo in quanto diretti ad ottenere condizioni contrattuali gravose per gli editori (così il particolare mantenimento dell'esonero per i rivenditori di Roma, Milano e Napoli dal contributo alla copertura delle spese relative al servizio di recapito delle pubblicazioni nonché delle attuali modalità di calcolo dello sconto per i rivenditori nonostante l'imposizione IVA, dal '90 introdotta, in misura del 4% sul fatturato abbattuto del 70%). Si denunciava

dalla FIEG anche l'illegittimità dei descritti comportamenti per violazione del dovere costituzionale (art. 21), « *ex lege* » (art. 14 l. n. 416/81) ed « *ex contractu* » (artt. 1 e 2 Accordo nazionale 8/10/85) — « di consentire... la massima, e libera, diffusione della stampa ». Alla richiesta della FIEG si opponevano con diverse, in parte, motivazioni, le associazioni professionali resistenti. La FENAGI deduceva che la richiesta della FIEG si risolveva in « una inammissibile richiesta di intervento giudiziario » « per risolvere le trattative di rinnovo dell'accordo tra editore e rivenditore ». L'interesse della FIEG in tal senso non coincideva punto con i diritti alla libera concorrenza né con quelli dei consumatori ex l. n. 287/90. Ciò comportava anche il riconoscimento del difetto di legittimazione passiva delle resistenti, perché la legge si riferiva solo alle imprese e non alle associazioni sindacali delle stesse, — che peraltro, da un canto, nulla possono imporre alle stesse, dall'altro non possono, attraverso inibizioni, ricevere limitazioni di sorta nell'esercizio dell'attività sindacale. I comportamenti denunciati comunque erano riferibili solo alle imprese, e un eventuale ordine rivolto alle associazioni sindacali non sarebbe influente per le singole imprese; comunque essi davano luogo ad ipotesi di danno « *sic et simpliciter* » (senza altre specificazioni) determinato da inadempimento contrattuale. La clausola dello sconto, di vecchia applicazione, era già per tale aspetto sicuramente non eccessivamente gravosa ed era accettata anche dagli altri editori associati nell'USPI.

Era anche contestata l'illegittimità della clausola concernente i rivenditori di Milano, Roma e Napoli; il rifiuto degli inserti non consegnati con il quotidiano non era illegale, perché era rifiuto di attività non dovuta e pari contestazione in fatto e in diritto era attivata in ordine a tutti i comportamenti analiticamente considerati.

La Cisl Giornalai eccepiva il difetto di legittimazione passiva; a carico degli iscritti non sussisteva alcun vincolo giuridico all'attuazione dei comportamenti denunciati. Era eccepita pure l'incompetenza per materia della Corte, perché nel caso non si trattava di abuso, ma di inadempimento. Era esclusa una « sostanziale » esclusiva, prevedendo l'art. 14 l. n. 416/81 la possibilità, per gli editori, di vendere direttamente le loro pubblicazioni. Si dava una spiegazione per tutti i comportamenti denunciati, ai quali era estraneo ogni carattere di vessatorietà. Difettava poi il « *periculum in mora* », essendo certo che l'eventuale maggior costo delle operazioni determinate dalle denunciate iniziative era minimo, ben ristorabile — in caso di riconosciuta illegittimità — nella sede ordinaria. Le associazioni affiliate a CGIL, UIL e Confcommercio eccepivano l'inammissibilità del ricorso, per difetto di giurisdizione. L'accertamento di fatti denunciati quali intese ex art. 2 l. cit. e/o comportamenti ex art. 3 era rimesso alla valutazione del garante con adozione di provvedimenti impugnabili dinanzi al giudice amministrativo. Le azioni ex art. 33, 2° co., l. cit. erano proponibili avanti all'A.G.O. solo una volta (pregiudiziale amministrativa) accertata la illegittimità ex artt. 2 e 3 l. cit. Eccepivano pure la inapplicabilità della l. n. 287/90 alle associazioni sindacali degli edicolanti. I comportamenti denunciati non erano tenuti nell'ambito dell'esercizio di un'impresa, mentre alle imprese solo si dirige l'art. 3 l. n. 287/90; il divieto di abuso della posizione dominante si risolveva in divieto diretto a preservare la sussistenza delle condizioni di concorrenzialità. Erano poi sfornite di legittimazione passiva le associazioni professionali, e, pertanto, la richiesta del ricorrente era destinata a compromettere la libertà

di contrattazione sindacale e di associazione sindacale. Non era neppure « dominante » l'associazione, perché non raggruppava la totalità delle unità operanti. Andavano applicate le normative circa la tutela del diritto di organizzazione sindacale e di sciopero. Mancavano, quindi, i requisiti del « *fumus* » e del « *periculum in mora* », sol che si fosse conferito rilievo alla possibilità di vendita « porta a porta », salvo il ristoro del danno in caso di riconoscimento quale « abusivo » del comportamento « *de quo* »; e ciò vale — in difetto di irreparabile pregiudizio — per tutti i comportamenti denunciati, per i quali, trattandosi di pressioni sindacali, era da escludere « *in limine* » il carattere di « abuso di posizione dominante » anche per la finalità delle iniziative certo non « ingiustificatamente gravose », stante la coerenza delle loro modalità di esecuzione con gli scopi prefissi.

RITENUTO IN DIRITTO. — Va rigettata l'istanza diretta ad ottenere il provvedimento urgente anzidetto.

Ritiene, infatti, la Corte evidente la mancanza dei presupposti per la concessione della tutela richiesta (e, trattandosi di procedimento d'urgenza, la sussistenza o meno dei presupposti — anche quello attinente alla competenza giurisdizionale —, lungi dal determinare pronunzie autonome aventi ad oggetto questioni pregiudiziali, influisce solo sulla concessione o meno della richiesta tutela attraverso un provvedimento di accoglimento o rigetto, « *a fortiori* » sotto l'impero della nuova disciplina nella specie applicabile, stante la espressa previsione del difetto di preclusione circa la proposizione della nuova istanza, per l'ordinanza di rigetto per incompetenza *ex art. 669 septies c.p.c.*).

Anzitutto, manca — come del resto eccetto da taluni dei resistenti (cfr. *ante*) — l'allegazione utile per ritenere sussistente la competenza giurisdizionale dell'adita Corte. L'art. 33, 2° co., 1. cit. attribuisce alla Corte la cognizione delle azioni di nullità e di risarcimento del danno nonché dei provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della legge in questione.

Tale norma è stata giustamente (cfr. questa Corte ordinanza del 14/1/93) interpretata, per quanto si riferisce alla competenza per la tutela di urgenza ivi fissata, siccome non comportante alcuna deroga delle regole del riparto comune delle giurisdizioni, e, quindi, attributiva della eccezionale competenza per la tutela di urgenza solo nella materia già riservata alla cognizione giudiziaria della Corte — e cioè azioni risarcitorie e azioni di nullità —, con esclusione, pertanto, di un suo potere cautelare generale, prescindente dai limiti della giurisdizione, « *in subiecta materia* ». L'ordinamento vigente (cfr. Cass. n. 1566/82 per tutte, e anche Corte Cost. n. 120/85), infatti, ha negato che la potestà cautelare anche *ex art. 700 c.p.c.* possa riconoscersi in ordine a diritti — o situazioni giuridiche — devoluti per la tutela ordinaria a giudice diverso da quello ordinario. Se, pertanto, la devoluzione al giudice ordinario (individuato con norma eccezionale nella Corte d'Appello abilitata così quale giudice di primo grado) in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV l. cit., è intervenuta solo per le azioni risarcitorie e di nullità; consegue che solo con riguardo a tali azioni anche per quanto si riferisce alla tutela d'urgenza deve ritenersi intervenuta la attribuzione alla Corte d'Appello. Pertanto, solo in caso di necessità di anticipare in via urgente la garanzia delle situazioni giuridiche (originate dalle violazioni normative di

cui alla legge citata dai titoli I a IV) rimesse alla cognizione ordinaria della Corte — situazioni aventi ad oggetto il risarcimento del danno o la nullità degli atti impugnati —, (necessità soddisfacibile con l'adozione di provvedimenti atti a preservare le stesse situazioni giuridiche, ché, ove si attendesse il tempo per la concessione della tutela, se ne determinerebbe la irreversibile vanificazione), è possibile riconoscere la competenza giurisdizionale della Corte, in virtù della eccezionale normativa in esame.

In ogni altro caso di violazione delle disposizioni di cui ai titoli I a IV della legge in esame, tale da non dar luogo — o per oggettiva insussistenza dei presupposti o per elezione dell'interessato — alle ipotesi di azioni risarcitorie o di nullità di cui all'art. 33, 2° co., l. cit., va esclusa la competenza giurisdizionale dell'A.G.O. e così della Corte [residuando quella di cui all'art. 33 *sub* 1) del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva], anche con riguardo alla tutela d'urgenza.

Nella fattispecie in esame, è certa la mancanza di allegazione da parte della FIEG, di qualsiasi danno (cfr. ricorso introduttivo); invero, la tutela in via urgente invocata, in definitiva, è oggettivamente diretta ad ottenere la cessazione (inibizione) degli anzidetti comportamenti in relazione « *sic et simpliciter* » alla loro verifica quali « abuso di posizione dominante » ex art. 33 l. cit., a prescindere dalla deduzione di qualsiasi danno (non dedotto) (o nullità di negozi o atti) in ipotesi discendente dai comportamenti stessi. Ma il sistema della legge non ammette tale tipo di tutela; infatti, di norma, la verifica (come pure chiesta in questa sede per l'abuso di posizione dominante) delle violazioni delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della legge « *de qua* » è normalmente devoluta all'Autorità garante dalla concorrenza e del mercato (così per l'esistenza di infrazioni ai divieti stabiliti all'art. 3 — in questione — alla verifica è, ex art. 12, 1° co., l. cit., abilitata l'Autorità); cui dopo l'istruttoria, in caso positivo di riscontro è rimesso il potere di intimare diffide e comminare sanzioni (artt. 14 e 15) e in taluni casi, anche sono attribuiti poteri reali (cioè non solo indiretti rispetto alla cessazione della condotta illegale) sospensivi ex art. 17, 1° co.) e eliminatori (artt. 17, 2° co. e 18, 3° co., ultima parte) dei comportamenti illegali. L'eccezionale competenza giurisdizionale della Corte sussiste solo (e anche in via di urgenza, a prescindere da qualsiasi pregiudiziale amministrativa), allorché, a seguito delle violazioni anzidette, si lamenti un danno o si deduca una fattispecie di nullità; ciò nella specie manca, con l'impossibilità consequenziale del riconoscimento della competenza giurisdizionale della Corte anche, per i rilievi che precedono, in ordine all'invocato provvedimento urgente. Il sistema non può considerarsi lacunoso comunque, perché, per la verifica chiesta del tipo di illegalità ex art. 3 l. cit., in assenza di deduzione delle fattispecie atte a determinare la competenza eccezionale della Corte, è, come già dianzi riferito, previsto, — con possibilità di gravami in sede giurisdizionale amministrativa —, un procedimento di accertamento con una serie di sanzioni infliggibili in caso positivo, solo in taluni casi (ma si tratta di un'opzione del legislatore certamente in questa sede giudiziaria non sindacabile) « dirette ».

Deve comunque questa Corte soggiungere (e ciò è consentito dalla natura del presente provvedimento, per cui comunque rileva la verifica dei presupposti, senza la necessità del rigido rispetto dell'ordine logico che, per contro, imporrebbe la « sentenza » in sede di cognizione ordinaria anche in relazione alla adozione dei diversi gravami esperibili al riguardo

in tale ipotesi) che nel caso — come del resto taluni dei resistenti hanno dedotto — la prospettazione dei denunciati comportamenti non è tale — sotto il profilo del danno che, pur non dedotto, nella specie in astratto solo potrebbe configurarsi ex art. 33, 2° co., l. cit. — certamente da poter delineare in concreto quella situazione di irreparabile pregiudizio, che comunque è necessario ricorra, invece, per la concessione di qualsiasi provvedimento urgente. In proposito, — come già esattamente rilevato dalla Corte d'Appello di Milano (15/7/92), il danno economico — pur non incompatibile «ex se» con la tutela di urgenza —, tuttavia, per assurgere ad «irrimediabile pregiudizio» (tale cioè da far ritenere, per il trascorrere del tempo necessario per il giudizio ordinario, quest'ultimo inutile per la compromissione distruttiva del diritto nelle more inevitabile), non può certo restare circoscritto ad erogazione di denaro «*sic et simpliciter*», ma dovrebbe essere di portata tale da comportare «*quoad effectum*» effetti pregiudizievoli sulla solidità dell'impresa e in ogni caso tali da indurre a considerare insufficiente la mera riparazione pecuniaria futura. Ma nel caso circa i comportamenti denunciati, la Cisl Giornalai ha con fondamento obiettato — senza alcuna risposta dell'istante FIEG — che l'«eventuale costo delle operazioni rese necessarie dalle iniziative degli editoriali» (*idem*, in sostanza, Si.Na.Gi. CGIL; «i comportamenti, se ritenuti illegittimi, sono senz'altro suscettibili di valutazione economica risarcitoria e certamente non sono tali da stravolgere l'ordinaria esecuzione. Essi, pur comportando aggravii, non sono tali da pregiudicare la distribuzione»). Ancora, rileva la Corte che la richiesta della FIEG ha come oggetto la inibizione, nei confronti delle menzionate associazioni professionali, di comportamenti che in realtà non sono imputabili alle associazioni professionali stesse, ma giuridicamente direttamente solo alle singole imprese associate.

È da porre in evidenza che, pur se la adozione dei comportamenti denunciati è stata ispirata dalle associazioni professionali nell'esercizio della loro attività di difesa degli interessi di categoria, tuttavia è evidente che il riferimento dell'istante FIEG alle associazioni professionali come destinatarie dell'ordine di inibizione dei denunciati comportamenti è, ad avviso della Corte, assolutamente improponibile, perché suppone un inammissibile automatismo vincolante tra determinazioni delle associazioni professionali e determinazione delle condotte da parte delle imprese associate, invece libere di aderire o meno ai deliberati delle loro associazioni (e soli soggetti, le imprese, cui imputare i comportamenti stessi). Un ipotetico ordine di inibizione, come chiesto, alle associazioni professionali in ordine a comportamenti che giuridicamente, oltre che materialmente, non sono alle stesse imputabili, ovviamente sarebbe del tutto inutile, perché certamente non impedirebbe, senza alcuna rilevabile inottemperanza al provvedimento giudiziario emanando, alle singole imprese di protrarre i dedotti comportamenti; d'altro canto, ove si riferisse la richiesta (ma il testo della stessa è contrario completamente a tale interpretazione) alla adozione dei comunicati da parte delle associazioni professionali resistenti, ovviamente del pari tale ipotetico provvedimento sarebbe pure inutile, perché (avendo riguardo solo ai comunicati) non impedirebbe la protrazione dei denunciati comportamenti da parte delle singole imprese, unico dato rilevante per la tutela invocata sotto il profilo dell'art. 3 l. cit., senza la possibilità di rilevare alcuna inottemperanza a carico delle stesse.

E tale rilievo — cioè la sicura mancanza di funzionalità rispetto ai fini suoi propri del provvedimento come invocato, per essere lo stesso non atto comunque ad assicurare misure preventive per la tutela del diritto dedotto (a seguito della carenza di coincidenza tra i destinatari dell'invocato provvedimento urgente e i soggetti eventualmente destinati ad essere parti del processo di merito) — è ulteriormente risolutivo per negare il richiesto provvedimento.

La novità e complessità delle questioni giustifica la compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M. — La Corte respinge il ricorso proposto dalla FIEG e compensa le spese tra tutte le parti indicate in epigrafe.

DISTRIBUZIONE DEI GIORNALI E TUTELA DELLA CONCORRENZA

Le decisioni della prima Sezione della Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Roma, pur nella diversità delle fattispecie, presentano se non delle analogie almeno un aspetto di complementarità.

Ambedue i ricorrenti lamentavano, infatti, una sorta di « abuso » della posizione di controllo del mercato posto in essere, nel primo caso, precedentemente all'introduzione della disciplina nazionale antitrust dalla Federazione degli editori di quotidiani, periodici e riviste e, nel secondo, dalle associazioni professionali dei giornalisti successivamente alla introduzione della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'accostamento di queste due pronunce, prescindendo almeno per il momento dal contenuto puntuale delle scelte giurisdizionali, riveste un interesse proprio alla luce delle intervenute modificazioni legislative. Se, prima dell'emanazione della legge 287/90, gli unici rimedi generalmente esperibili da chi lamentava un « abuso » erano offerti dagli artt. 2597 e 2598 c.c., adesso quel comportamento abusivo è direttamente sanzionato dall'art. 3 della citata legge antitrust.

1. La prima Sezione della Corte di Cassazione, in particolare, affronta l'ormai risalente contenzioso relativo alla distribuzione dei giornali¹, rian-

¹ In Italia, contrariamente a quanto avviene nei molti paesi in cui vigono sistemi di distribuzione ben più elastici, si tende per un duplice ordine di motivi (comprimere i costi che gli editori dovrebbero sopportare con l'apertura di nuovi sbocchi sul mercato e assicurare al rivenditore un accettabile volume di affari) a valorizzare il ruolo esercitato dalle rivendite in posto fisso e nello stesso tempo a mantenere uno stretto controllo sulla loro proliferazione.

In proposito, proprio mentre si scrive, l'Autorità antitrust è intervenuta sulla materia rilevando le difficoltà del mercato e

l'insufficienza di una distribuzione basata sostanzialmente solo sulle edicole.

La colpa secondo l'Autorità è di una norma che prevede una pianificazione comunale dei punti vendita « alternativi ». Il tentativo — secondo l'Autorità — si è rivelato controproducente perché i piani di localizzazione dei punti vendita ottimali sono risultati inadeguati a garantire un adeguato sviluppo della rete di vendita di quotidiani e periodici. « L'innovazione — si legge nel documento — è stata vanificata dall'aver subordinato l'utilizzazione di tali esercizi commerciali alla circostanza che gli stessi

nodandosi alla corposa vicenda giurisprudenziale i cui ultimi atti erano rappresentati dalle sentenze nn. 2018/85; 2634/83 e 2387/62 della Corte stessa (pubblicata rispettivamente in *Foro it.* 1985, I, 1663 con nota di R. PARDOLESI; id. 1983, I, 2160 con nota di PARDOLESI e id., I, 535 con nota di G. VETTORI; id. 1962, I, 1424), tese a metter ordine nel contenzioso nascente dalla lotta degli aspiranti giornalisti — muniti di licenza amministrativa ma sprovvisti del fatidico « tesserino di prelevamento » rilasciato da una Commissione paritetica interregionale di vigilanza — e disciplina per la rivendita di giornali e riviste (espressione di una disciplina privatistica risultante dagli accordi intercorsi tra la Fieg e le organizzazioni sindacali degli edicolanti)².

Con la decisione del 1962, la Cassazione, pur rilevando come il fenomeno fosse degno di una seria riconsiderazione legislativa, negò la legittimazione passiva tanto alla Commissione paritetica quanto alle associazioni professionali di categoria, per difetto della qualità di imprenditore richiesta per il convenuto nell'azione di concorrenza sleale ex art. 2598 cod. civ. Fu escluso poi che il pregiudizio sofferto dal ricorrente come effetto indiretto dell'accordo collettivo potesse farne dichiarare la nullità ovvero costituire il presupposto per un'azione di risarcimento del danno ex art. 2043 cod. civ.

Poco più di venti anni dopo, la Cassazione tornò ad occuparsi dell'eterna lotta dei giornalisti per un « posto al sole ». La pronuncia n. 2634 del 1983 prospettò la possibile illiceità dell'accordo tra associazioni di editori e di rivenditori non però alla luce dell'art. 2043 cod. civ., ma in relazione all'obbligo di lealtà concorrenziale richiamato, nonostante il difetto dell'attributo imprenditoriale delle associazioni convenute, mediante lo schema della concorrenza per interposta persona.

Con la sentenza n. 2018 del 1985, le Sezioni unite hanno sostanzialmente avallato tale indirizzo. L'accordo tra associazioni di editori e di rivenditori inteso a regolare la procedura di istituzione ed assegnazione dei punti vendita, mancando una lesione immediata e diretta di un diritto soggettivo proprio del soggetto a cui sia stata rifiutata l'assegnazione, non può integrare gli estremi della responsabilità extracontrattuale. Ammesso poi che le associazioni di categoria sono legittimate passivamente all'azione di concorrenza sleale, le sezioni unite concludono che fornire i prodotti ai soli rivenditori prescelti sulla base di regole stabilite nell'accordo collettivo non integra nemmeno gli estremi della slealtà concorrenziale, a patto che la scelta dei rivenditori si ispiri a criteri qualitativi obiettivi connessi all'esigenza di razionalizzazione e perfezionamento della distribuzione.

fossero previsti come rivendite di giornali nei piani comunali ».

La creazione di nuovi punti vendita — conclude l'organismo di vigilanza — deve essere invece svincolata proprio dalle logiche di carattere programmatico.

² La situazione è oggi formahnente diversa. Il sistema del c.d. tesserino di prelevamento, senza il quale si riusciva ad ottenere soltanto la fornitura di giornali stranieri o pubblicazioni di editori indipendenti, non esiste più e quindi non è più dato

parlare delle due *barriers to entry* che tanti problemi hanno creato. Tuttavia tale omissione, pur impedendo l'impugnazione di una clausola espressa dell'accordo collettivo, non sembra poter disinnescare il fitto contenzioso conseguente alla frequente discrasia tra le due *barriers*: se prima era la Commissione interregionale a valutare la richiesta di ingresso di un aspirante giornalista nel mercato, adesso tale selezione non è sparita ma è lasciata alle scelte imprenditoriali dei singoli editori.

Orbene, mentre con le suddette pronuncie si decideva su domande almeno in parte diverse, nella sentenza in epigrafe i giudici hanno affrontato, tra l'altro, la questione dell'obbligo di contrarre ex art. 2597 c.c. in capo ad uno dei soggetti rappresentati dall'organizzazione degli editori e alla responsabilità risarcitoria ex art. 2043 c.c., conseguente al rifiuto.

Con atto di citazione del 23-24 marzo 1983, i titolari di una ditta autorizzata dal Sindaco ad esercitare la vendita al pubblico e al minuto di giornali quotidiani e periodici, a seguito di rifiuto opposto dalla Fieg (Federazione italiana editori giornali), convenivano innanzi al Tribunale di Milano la S.p.A. Arnoldo Mondadori Editore e il distributore Carlo Binfaré per sentirli condannare a rifornire la loro rivendita di tutti i giornali, le riviste e i periodici editi dalla società editrice e a risarcirli dei danni subiti in conseguenza della mancata ottemperanza all'obbligo di fornitura.

Contro la sentenza 18 aprile 1985 del Tribunale adito che aveva dichiarato il difetto di legittimazione passiva del distributore ed aveva accolto nei confronti della società Mondadori soltanto la prima delle suddette domande, la società soccombente in primo grado proponeva gravame alla Corte d'Appello di Milano la quale, ribadito il difetto di legittimazione del distributore, rigettava, in parziale riforma della decisione impugnata, la domanda proposta dai titolari della rivendita nei confronti della società appellante.

La Corte milanese, in particolare, osservava che dalle norme contenute nella legge 5 agosto 1981, n. 416 e specificamente dagli artt. 14 e 16 della stessa non deriva nessun obbligo di contrarre e quindi di effettuare le forniture di quotidiani e periodici a carico della società appellante. Escludeva poi che tale obbligo potesse derivare dal combinato disposto degli artt. 1 e 3 dell'Accordo nazionale sulla vendita dei giornali quotidiani e periodici, stipulato nel 1980, anche perché la suddetta disciplina contrattuale non poneva a carico degli editori e loro distributori un obbligo generale di rifornire tutti i rivenditori ma li impegnava soltanto ad osservare criteri di imparzialità nel rifornire quei rivenditori con i quali avevano liberamente stipulato contratti di vendita o estimatori.

Avverso tale pronuncia gli appellati proponevano ricorso per Cassazione illustrando con memoria diversi mezzi d'annullamento e addebitando, tra l'altro, alla Corte milanese: da una parte, l'erronea interpretazione dell'art. 3 del suddetto Accordo nazionale per non averlo inteso quale fonte di un obbligo diretto per venditori e distributori e del divieto di forniture preferenziali; dall'altra, l'insufficiente valutazione della portata innovativa della legge 416/1981 e in particolare degli artt. 14 e 16 della medesima che avrebbero introdotto il diritto del rivenditore munito di autorizzazione amministrativa di ricevere le forniture, in conseguenza della concentrazione in capo all'autorità amministrativa dell'intera disciplina dei punti di vendita che esclude qualsivoglia discrezionalità imprenditoriale di editori e distributori nel rifornire tutti i punti vendita autorizzati.

Resisteva con controricorso e memoria la S.p.A. Arnoldo Mondadori Editore.

Prescindendo in queste note — che mirano essenzialmente ad evidenziare il modificarsi del *corpus* normativo cui ricorrere nell'emergere in contenzioso della permanente situazione di conflitto economico tra editori, distributori e rivenditori — dall'approfondire i rilievi sollevati dalla Suprema Corte circa la insussistenza di un obbligo a contrarre in forza

dell'Accordo nazionale intervenuto tra le organizzazioni degli editori e degli edicolanti³ nonché delle norme contenute nella legge 416/81 e in particolare negli artt. 14 e 16 della medesima⁴, è interessante notare come i giudici della prima Sezione, ribadendo un indirizzo giurisprudenziale consolidato e prevalente⁵, abbiano negato la sussistenza del diritto dell'ediculante ricorrente di rivestire la posizione di distributore dei prodotti dell'editore, anche sulla base delle norme contenute nell'art. 2597 c.c. e nell'art. 41 della Costituzione. Proprio in conclusione della motivazione,

³ La Corte di Cassazione comunque ha escluso che l'obbligo a contrarre possa derivare dal combinato disposto degli artt. 1 e 3 dell'accordo nazionale sulla vendita dei giornali, quotidiani e periodici stipulato nel 1980, sostenendo, da una parte, che la sua efficacia deve ritenersi limitata ai soggetti rappresentati dalle parti contraenti, dall'altra, che l'art. 3 non prevede alcun obbligo generale a rifornire tutti i rivenditori autorizzati, ma soltanto ad osservare il principio di imparzialità nel rifornire quei rivenditori liberamente scelti come contraenti.

Recentemente (marzo 1994) è stato stipulato il nuovo accordo nazionale tra la Fieg e le associazioni sindacali più rappresentative dei rivenditori, che secondo alcuni dovrebbe (v. nota 1) mettere la parola fine alla storia infinita dei contrasti tra editori e giornalisti o aspiranti tali.

A dire il vero, già sulla base del precedente accordo nazionale del 1985, fu sostenuta (Pret. Bari, ord. 30 novembre 1988) la tesi dell'introduzione (art. 5) di un vero e proprio obbligo di contrattare a carico degli editori. In particolare, si sosteneva e si sostiene che l'art. 5 dell'accordo nazionale del 1985, sostanzialmente corrispondente all'art. 6 di quello attualmente in vigore, pur non indicando espressamente in capo agli editori il dovere di contrarre con i rivenditori che ne facciano richiesta, abbia introdotto un obbligo implicito in questo senso, seppur nei limiti quantitativi che ne conseguono. Da ciò deriverebbe (il condizionale è doveroso) l'obbligo per gli editori di concludere i contratti con tutti i rivenditori muniti di licenza amministrativa ed iscritti alle organizzazioni sindacali firmatarie che lo richiedessero, salva la indisponibilità effettiva della merce.

Ma, se è vero che gli editori sono obbligati a fornire ai rivenditori il numero di copie necessario a coprire le esigenze del punto vendita (art. 6, acc. coll. 1994), non è detto che siano implicitamente obbligati a concludere i contratti di fornitura con tutti i rivenditori che ne facciano richiesta, ben potendo interpretarsi quel-

l'articolo dell'accordo quale imposizione dell'obbligo di fornitura soltanto verso i rivenditori con i quali gli editori abbiano preventivamente e liberamente stipulato i contratti estimatori.

⁴ L'art. 14, comunque, fissa soltanto i criteri ai quali le pubbliche amministrazioni debbono uniformarsi al fine di incrementare la diffusione della stampa quotidiana e periodica e di realizzare l'economica gestione dei punti vendita, dettando articolate regole procedurali per la concessione delle autorizzazioni per la rivendita. Si tratta dunque di una normativa che impone determinati comportamenti alle amministrazioni competenti ma che non incide assolutamente sulla libertà di iniziativa economica degli operatori del settore. Il conferimento dell'autorizzazione amministrativa, quindi, implica l'accertamento dei requisiti richiesti per l'esercizio dell'attività in questione, ma non crea in capo ai terzi l'obbligo di contrarre con chi l'abbia ottenuta.

L'art. 16, da parte sua, regola i rapporti tra le imprese di distribuzione e gli editori, prescrivendo alle prime l'obbligo di garantire, a parità di condizioni rispetto ai punti vendita serviti e al numero di copie distribuite, il servizio di distribuzione a tutte le testate giornalistiche che ne facciano richiesta. Non solo quindi non assegna alcun diritto ai rivenditori ma, semmai, consente ai distributori di poter richiedere proprio ai giornalisti comportamenti idonei a consentire l'adempimento di questo loro obbligo.

⁵ Già in occasione del primo atto della lunga battaglia legale tra editori e giornalisti, rappresentato dalla sentenza 6 agosto 1955 del Tribunale di Roma, i giudici capitolini ebbero occasione di sancire che l'art. 2597 cod. civ. « come chiaramente emerge dalla lettera della legge e come pacificamente ritenuto dalla dottrina si limita a considerare l'ipotesi del monopolio di diritto o legale, di quella situazione cioè nella quale la posizione di monopolista goduta dal produttore dipende da una disposizione di legge la quale faccia divieto ad altri soggetti di produrre gli stessi beni. »

infatti, affermano che rispetto ad un accordo fra associazioni di produttori ed associazioni di commercianti contenente il patto di consentire la distribuzione di giornali e riviste soltanto ai rivenditori ammessi da tali organizzazioni, il terzo estraneo all'accordo che non abbia ottenuto la suddetta ammissione non può invocare la responsabilità risarcitoria delle parti stipulanti per fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. Né tanto meno può far dichiarare sulla base dell'art. 41 della Costituzione ovvero dell'art. 2597 c.c. l'obbligo in capo ad uno dei soggetti rappresentati dalle predette organizzazioni di concludere un contratto di vendita o estimatorio. Ammessa e non concessa l'estensione della portata della norma codicistica, specificamente disciplinante le sole ipotesi di monopolio legale, anche alle ipotesi di monopolio di mero fatto, non potrebbe comunque sostenersi l'esistenza del diritto del commerciante, che intenda rivendere i beni oggetto del monopolio, alla conclusione del relativo contratto, quando la norma è diretta esclusivamente a tutelare il consumatore del prodotto e non, quindi, il rivenditore.

La decisione appare, almeno in parte, condivisibile. Se, da un lato, il chiaro ed inequivocabile tenore letterale dell'art. 2597 c.c. esclude sicuramente la possibilità di applicazione diretta della norma al di fuori dei casi di monopolio creato dalla legge, dall'altro, costituendo uno speciale limite all'autonomia negoziale dei privati, non sembra poter trovare applicazione analogica nelle ipotesi di monopolio di mero fatto. Inoltre, se soltanto la lesione di una situazione soggettiva tutelata può innescare il meccanismo della responsabilità aquiliana, questa non può consistere nel diritto assoluto di iniziativa economica di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost., non fosse altro perché l'Accordo nazionale che sostanzialmente limitava l'accesso al mercato era espressione della stessa libertà che si assume prevaricata. L'art. 41 della Costituzione, di per sé, essendo riferito a tutti i soggetti, non consente di risolvere direttamente un conflitto intersoggettivo, ma necessita di combinarsi con una normativa specifica che può essere interpretata anche alla luce della norma costituzionale. La soluzione, dunque, andava cercata altrove. Il rifiuto di contrarre dei monopolisti di fatto, precedentemente alla legge 287/90, poteva essere valutato soltanto alla stregua dell'art. 2598 c.c., e in particolare applicando la nozione di boicottaggio, tradizionalmente rientrante nel n. 3 di questo stesso articolo, e non sulla base della norma contenuta nell'art. 2597 c.c.

Ma il collegio giudicante è andato oltre, e ha ritenuto che l'obbligo di contrattare previsto dall'art. 2597 c.c. per colui che esercita un'impresa in condizioni di monopolio di diritto costituisce il naturale correttivo della posizione dominante, determinata dalla legge, per assicurare ai soli consumatori le prestazioni oggetto dell'impresa. Sulla base della convinzione che per fondare il diritto di tutti i dettaglianti di distribuire il prodotto non si potrebbe prescindere dall'idoneità dei dettaglianti stessi a svolgere quella funzione di diffusione del prodotto, e quindi da un criterio di selezione, il collegio ha ribadito che la disciplina dettata dall'art. 2597 c.c. può essere invocata solo ed esclusivamente dai consumatori, finali o intermedi che siano, ma non da coloro che intendono acquistare il bene per rivenderlo al pubblico dei consumatori nell'esercizio professionale del commercio.

L'affermazione però (almeno in termini così drastici), se da un punto di vista giurisprudenziale, ha trovato riscontro soltanto nella citata decisione delle Sezioni unite del 15 marzo 1985, da un punto di vista dottrina-

rio⁶, era stata sostenuta solo fino ad ammettere, anche nel caso di monopoli, sistemi di distribuzione selettiva in presenza però di obiettive giustificazioni commerciali.

Tuttavia, se è vero che, anche alla luce della più favorevole posizione dottrinarica, il ricorso diretto o analogico all'art. 2597 c.c. non avrebbe certo garantito l'automatico riconoscimento in capo all'aspirante giornalista di un diritto a concludere i relativi contratti estimatori, è pur vero che la Corte, in ragione della ribadita indisponibilità della norma da chi acquisti con l'intento di rivendere, non sembra averne voluto approfondire tutte le possibili applicazioni.

La verità, comunque, è che il nostro legislatore, a differenza dell'art. 86 del Trattato di Roma ricomprendente il monopolio di qualsiasi natura⁷, non ha ritenuto opportuno estendere l'obbligo di contrattare, espressamente previsto per il solo monopolista di diritto, anche al monopolista di fatto. Tant'è che, in seguito all'introduzione della disciplina antitrust comunitaria, fu contestata la tradizionale portata dell'art. 2597 c.c., auspicandone quanto prima una estensione applicativa alla figura del monopolio di fatto⁸.

Ora più che mai, però, una tale operazione ermeneutica che va oltre e contro la lettera dell'art. 2597 c.c., sembra superata dall'introduzione della disciplina antitrust nazionale e, sotto certi aspetti, già prima dal n. 3 dell'art. 2598 c.c.⁹. E ciò, anche se è differente la cornice antimonopolistica rispetto a quella codicistica, nella quale il rifiuto di contrarre viene sanzionato a tutto vantaggio dell'utente. La questione allora, alla luce della legislazione antitrust del 1990, consiste nell'accertare la sussistenza o meno di un comportamento abusivo posto in essere da colui che, occupando una posizione dominante sul mercato, rifiuta di contrattare con coloro che intendono rivendere il bene nell'esercizio professionale del commercio.

Il nostro legislatore, però, non ha definito alcuno dei termini rilevanti per la fattispecie e in particolare né la posizione dominante né il suo abuso. La stessa elencazione dei comportamenti specificamente vietati, proprio in considerazione del carattere meramente esemplificativo suo proprio, presenta un contributo ermeneutico limitato.

Le pronunce delle istituzioni comunitarie possono agevolare l'identificazione (come abusivo o meno) di un comportamento posto in essere da un'impresa dominante e determinare quale nesso causale deve sussistere tra la suddetta posizione ed il suo sfruttamento abusivo.

La Corte di Giustizia sin dalla sentenza *Continental Can* (21 febbraio 1973, causa 6/72), affermando che il rafforzamento di una posizione dominante può essere abusivo indipendentemente dai mezzi usati per ottenerlo, ha adottato un concetto obiettivo di abuso, relativo cioè al com-

⁶ M. LIBERTINI, *La concorrenza e i consorzi*, in *Trattato di diritto commerciale*, IV, p. 295-96, Padova 1981.

⁷ Cfr. Corte di Giustizia 2 marzo 1983 (causa 7/82).

⁸ FRANCESCHELLI, *Obbligo a contrarre e monopolio di fatto*, in *Riv. dir. ind.*, 1984, II, p. 204.

⁹ Per l'applicazione dell'art. 2598 cod. civ. al rifiuto di contrarre opposto dal monopolista di fatto vedi Cass. 23 febbraio 1983, n. 1403, in *Foro it.*, Rep. 1984, voce *Concorrenza*, n. 131 e Pret. Bari 30 novembre 1988, in *Foro it.* 1989, I, p. 1084 con nota di La Selva.

portamento di una impresa che abbia l'effetto di limitare la concorrenza.

L'orientamento, confermato e sviluppato dalle sentenze *United Brands*, *L'Oreal* e *Hoffman La Roche* ha portato a ritenere, da una parte, la sussistenza della posizione dominante ogni qual volta un'impresa goda di una situazione di potenza economica grazie alla quale è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva del mercato ed ha la possibilità di attuare comportamenti sostanzialmente indipendenti nei confronti di concorrenti, clienti e in definitiva dei consumatori e, dall'altra, la sussistenza dell'abusività del comportamento quando questo sia in grado di influire sul mercato con effetti sostanziali e possa qualificarsi improprio. I mezzi utilizzati devono essere cioè difforni dagli usi commerciali sui quali si basa la normale concorrenza tra prodotti o servizi, e tale difformità non deve essere sostenuta da alcuna giustificazione obiettiva e quindi non deve essere giustificata, almeno inizialmente, dal raggiungimento di un effettivo vantaggio economico.

Allo stato dei fatti, e nonostante le incertezze interpretative per l'assenza di criteri sufficientemente precisi ed oggettivi di riferimento, sembra allora corretto considerare abusivi quei comportamenti privi di giustificazione economica e realizzati ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impernia la normale concorrenza, fondata sulle prestazioni dei diversi operatori economici e la conservazione o lo sviluppo del grado di concorrenza ancora esistente nel mercato.

Il discorso però, a parte la diversa portata del rifiuto di contrarre alla luce della disciplina antitrust (non più intesa a salvaguardare esclusivamente gli interessi patrimoniali e la libertà d'iniziativa economica di soggetti determinati ma l'intero assetto concorrenziale oggettivamente e non soggettivamente inteso) non stravolge le conclusioni a cui si era pervenuti nella vigenza della sola disciplina codicistica. Premesso infatti che la normativa antitrust non subordina l'illiceità ad una valutazione comparatistica degli interessi in gioco, ma sembra farla derivare dal solo inadempimento dell'obbligo di contrarre in assenza di ragioni obiettive di efficienza, è bene ricordare che la Corte di Cassazione (Cass. 2018/85 e 2634/83) era giunta ad escludere l'esistenza di una slealtà concorrenziale nel caso in cui la selezione dei rivenditori tenga conto di criteri qualitativi obiettivi, correlati all'esigenza di razionalizzazione e miglioramento della distribuzione e fissati uniformemente in base ad una procedura nella quale sono valutati comparativamente le situazioni e le posizioni di più aspiranti al medesimo punto vendita. La decisione in epigrafe dunque può mantenere un valore di «precedente» anche alla luce della legge 287/1990. Tra l'altro non sembra discostarsi dagli orientamenti delle istituzioni comunitarie sulla distribuzione selettiva: gli artt. 85 e 86 non sono violati qualora risulti che la scelta dei rivenditori è effettuata secondo criteri oggettivi (riguardanti la capacità del rivenditore stesso, del suo personale e dei suoi impianti, in relazione alle esigenze di distribuzione del prodotto) e che tali criteri siano fissati uniformemente per tutti i potenziali rivenditori ed applicati in modo non discriminatorio (per quanto riguarda in particolare la distribuzione di giornali, casi *Solonia* del 1981, in *Foro it.* 1981, IV, 27 e *Binon* del 1985).

2. Nel caso preso in esame dalla Corte d'Appello di Roma, invece, la Fieg chiedeva, con ricorso depositato il 22 luglio 1993, in via d'urgenza

ex art. 33, comma 2, della legge 10 ottobre 1990 n.287, alla Corte d'Appello di Roma di inibire alle organizzazioni sindacali convenute (SINAGI CGIL — SNAG Confcommercio — UILTUCS Giornalai — FENAGI Confesercenti — CISL Giornalai) l'adozione di comportamenti costituenti, nel loro complesso o singolarmente, abuso di posizione dominante. Tali comportamenti erano specificamente individuati nel rifiuto degli inserti non (...) consegnati contestualmente; nella indisponibilità all'affissione diretta od indiretta delle locandine; nella indisponibilità a qualsiasi collaborazione sui dati di vendita; nella disdetta degli accordi sulle modalità di pagamento esistenti localmente e infine nella non accettazione e sospensione di qualsiasi buono promozionale unilateralmente avviato da accordi convenuti tra industrie (...) e singoli editori.

Sulla base della premessa che i giornalai andrebbero considerati veri e propri imprenditori, nonché titolari di una posizione dominante sul mercato, la Fieg denunciava che i descritti comportamenti costituivano, in quanto diretti ad ottenere condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose per gli editori, abuso di posizione dominante illecito per violazione dell'art. 3 legge 287/90, e chiedeva la loro urgente repressione ex art. 33, comma 2 della legge stessa, per l'irreparabile pregiudizio da essi provocato alle imprese editrici rappresentate dalla Fieg.

Le Associazioni professionali resistenti si opponevano con varie, e in parte diverse, motivazioni alle richieste della Fieg. Alcune, eccependo sostanzialmente l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione, sostenevano che l'accertamento di fatti denunciati quali intese restrittive della libertà di concorrenza e comportamenti realizzanti abuso di posizione dominante è rimesso alla valutazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, i cui provvedimenti sono impugnabili esclusivamente innanzi al giudice amministrativo. L'azione ex art. 33, comma 2 della legge 287/90 è proponibile avanti l'autorità giudiziaria ordinaria soltanto una volta accertata la illegittimità dell'intesa e del comportamento ex artt. 2 e 3 della legge stessa (c.d. pregiudiziale amministrativa).

Eccepciono poi la inapplicabilità della legge 287/90 e il difetto di legittimazione passiva delle associazioni sindacali degli edicolanti, in quanto i comportamenti denunciati non erano tenuti, così come esplicitamente richiesto dalla lettera dell'art. 3, nell'ambito dell'esercizio di un'impresa.

Altre, ribadendo il difetto di qualsivoglia vincolo giuridico a carico delle imprese iscritte all'attuazione dei comportamenti denunciati dalla Fieg, eccepivano pure il difetto di competenza per materia della Corte d'Appello in quanto non si sarebbe trattato di abuso di posizione dominante ma, eventualmente, di mera inadempienza peraltro facilmente ristorabile.

Anche per la finalità delle iniziative sindacali certo non ingiustificatamente gravose¹⁰, stante la coerenza delle modalità di esecuzione dei com-

¹⁰ La prospettazione dei denunciati comportamenti, sotto il profilo del danno, non è tale da poter realizzare quella situazione di irreparabile pregiudizio necessaria per la concessione di un provvedimento urgente. Il danno economico, pur non incompatibile ex se con la tutela d'urgenza, per assurgere

ad irremediabile pregiudizio non può certo restare circoscritto ad una mera erogazione di denaro, ma dovrebbe essere di tale portata da comportare effetti pregiudizievole sulla solidità stessa dell'impresa e in ogni caso essere tali da indurre a considerare insufficiente la futura riparazione pecuniaria.

portamenti denunciati con gli scopi prefissi, era infine da escludere il carattere di abuso di posizione dominante.

La Corte, mancando l'allegazione utile per ritenere sussistente la propria competenza giurisdizionale, riteneva evidente la mancanza dei presupposti per la concessione della tutela richiesta e rigettava l'istanza diretta ad ottenere il provvedimento urgente in oggetto.

I giudici romani hanno sostenuto che il comma 2 dell'art. 33 della legge 287/90 attribuisce al giudice ordinario la cognizione delle azioni di nullità e di risarcimento del danno nonché dei provvedimenti di urgenza solo nella materia già riservata alla cognizione giudiziaria della Corte (azioni risarcitorie e azioni di nullità), con esclusione pertanto di un potere cautelare generale prescindente dai limiti della giurisdizione in questa materia. L'ordinamento vigente, infatti, ha negato che la potestà cautelare anche ex art. 700 c.p.c. possa riconoscersi in ordine a situazioni giuridiche devolute per la tutela di merito a giudice diverso da quello ordinario¹¹.

Se pertanto la devoluzione al giudice ordinario della cognizione delle violazioni delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV della legge 287/90 è intervenuta solo per le azioni risarcitorie e di nullità, consegue che solo con riguardo a tali azioni e alla relativa tutela d'urgenza deve ritenersi sussistente la competenza della Corte. Solo in caso di necessità di anticipare in via urgente la garanzia delle situazioni giuridiche rimesse alla cognizione piena della Corte (in virtù della norma eccezionale che l'abilità quale giudice di primo grado) è possibile riconoscere la competenza giurisdizionale della stessa.

Nella fattispecie in esame è certa la mancanza di allegazione da parte della Fieg di qualsiasi danno, mentre la tutela invocata in via urgente, in definitiva, è oggettivamente diretta ad ottenere la inibizione degli anzidetti comportamenti a prescindere dalla deduzione di qualsivoglia danno in ipotesi discendente dai comportamenti stessi.

L'eccezionale competenza giurisdizionale della Corte, invece, sussiste solo (a prescindere da qualsiasi pregiudiziale amministrativa) quando a seguito delle violazioni anzidette si lamenti un danno o si deduca una fattispecie di nullità. Ciò nella specie manca, con la conseguenziale impossibilità del riconoscimento della competenza giurisdizionale della Corte anche in ordine all'invocato provvedimento urgente.

Fin qui il pacifico giudizio della Corte d'Appello, ma i problemi esistono e, nonostante le apparenze, sono questioni importanti che trascendono la specifica questione procedurale. La imperfetta formulazione dell'art. 33¹², infatti, sembra comportare più di un problema in tema di misure cau-

¹¹ Sul punto cfr. App. Roma, ord. 14 gennaio 1993, con nota di P.F. VALDINA, in *Foro it.* 1993, I, 3378. Senonché, è bene ricordare che la giurisprudenza della Cassazione (Cass., sez.un. 26 agosto 199, n. 91281 e Cass. 4 agosto 1989, n. 3599), pur ribadendo il principio secondo il quale il giudice del procedimento cautelare e quello della causa di merito devono appartenere – stante il rapporto di strumentalità tra provvedimento cautelare e successiva

decisione sul merito – allo stesso ordine giurisdizionale, ha stabilito che il difetto di giurisdizione del giudice ordinario ad emettere provvedimenti d'urgenza nelle materie riservate alla cognizione del giudice amministrativo non si estende anche ai sequestri, per la funzione meramente conservativa (e non anticipatoria) dei medesimi.

¹² Come avviene in tutti i settori in cui la giurisdizione civile e quella amministrati-

telari, non essendo chiaro, tra l'altro, fino a che punto possano rientrarvi anche provvedimenti a contenuto inibitorio.

Un primo dato sembra comunque certo. Dall'ordinamento giuridico vigente dottrina e giurisprudenza hanno tratto il principio fondamentale secondo il quale in ordine alla generalità delle misure cautelari previste dal codice di rito, il giudice del procedimento difetta di giurisdizione allorché la decisione sul relativo merito sia riservata al giudice amministrativo. Tale principio trova il suo fondamento nella considerazione che le predette misure cautelari producono un'anticipazione degli effetti della decisione definitiva e quindi esigono una previa valutazione, sia pure sommaria, del merito. Il che presuppone necessariamente che il giudice adito per la pronuncia sull'istanza di una misura cautelare abbia giurisdizione sul merito. Non potendo evidentemente concorrere sulla stessa controversia la giurisdizione di due giudici diversi (Cass. 26.08.91, n. 9128; 4.08.89, n. 3599; 22.12.89, n. 5768), quello che abbia la giurisdizione sul merito ha anche quella sulla misura cautelare che comporti un'anticipazione degli effetti della decisione definitiva, sia essa richiesta nelle more del procedimento di merito, sia prima che questo venga instaurato¹³.

Il testo del secondo comma dell'art. 33, limitando la cognizione ordinaria alle azioni di nullità e di risarcimento del danno, sembra sancire, proprio in considerazione del tradizionale orientamento teso a ricostruire l'atipicità dei provvedimenti ex art. 700 c.p.c. in funzione della sussidiarietà dei medesimi rispetto alla pronuncia definitiva, una significativa limitazione dei provvedimenti d'urgenza ammissibili. E la Corte d'Appello, sul punto, ha semplicemente osservato che il secondo comma dell'art. 33 della legge 287/90 è già stato interpretato, per quanto riguarda la competenza per la tutela d'urgenza ivi fissata, nel senso di non comportare alcuna deroga delle regole del riparto comune delle giurisdizioni e, quindi, attributivo della eccezionale competenza per la tutela di urgenza solo nelle materie già riservate alla cognizione giudiziaria della Corte stessa (azioni di nullità e di risarcimento).

L'adozione di misure ex art. 700 c.p.c. quindi, se da un lato, deve sottostare all'ovvio limite della strumentalità e provvisorietà rispetto alla sentenza definitiva, non essendo immaginabile che attraverso l'art. 700 c.p.c. si realizzino sistemazioni che non possano successivamente trovare conferma, in tutto o in parte, nel provvedimento finale, dall'altro, ha sempre più spesso un effetto modificativo e non solo conservativo della situazione effettuale.

va si sovrappongono, la competenza giurisdizionale, benché ripartita in modo apparentemente chiaro, è forse uno degli aspetti più problematici dell'intera normativa nazionale antitrust.

I primi commentatori della legge antitrust hanno posto in risalto la scarsa perpicuità della normativa stabilita dall'art. 33 segnalando che essa è il risultato di una soluzione compromissoria derivata dalla combinazione di proposte ispirate a principi del tutto diversi.

Che l'art. 33 sia alquanto impreciso lo

dimostra in maniera evidente (ma altre e più serie sarebbero le obiezioni da sollevare) l'inclusione tanto nel primo quanto nel secondo comma del Titolo III della legge, relativo ai poteri conoscitivi e consultivi dell'Autorità, in merito ai quali, da una parte, non vi sono provvedimenti suscettibili di ricorso e, dall'altra, idonei a dar luogo ad un'azione di nullità o di risarcimento del danno o ad un provvedimento cautelare.

¹³ V. App. Milano, ord. 23 gennaio 1992.

Dato che la normativa antitrust attribuisce rilievo alla struttura concorrenziale del mercato che diviene l'oggetto immediato della tutela, prescindendo da una costruzione meramente soggettiva della libertà di concorrenza, sarebbe allora naturale esaltare il collegamento tra la legge 287/90 e le misure cautelari inibitorie. Il ricorso a queste ultime, visto che il comportamento anticoncorrenziale è adesso sanzionato non solo in quanto pregiudizievole di posizioni individuali (così come avviene nell'ambito della disciplina codicistica sulla concorrenza sleale) ma soprattutto in quanto lesivo della libertà d'iniziativa economica oggettivamente intesa, dovrebbe divenire oltremodo frequente.

Il dato letterale dell'art. 33 della legge antitrust, però, menzionando come provvedimenti definitivi emanabili dalla Corte d'Appello le sole pronunzie di nullità o di risarcimento del danno, ammette soltanto i provvedimenti d'urgenza strumentali a tali azioni. Il problema, tuttavia, è proprio questo. Se, da un lato, possono ancora ipotizzarsi misure cautelari anticipatorie di una pronunzia dichiarativa della nullità, dall'altro, devono avanzarsi serie perplessità circa l'utilizzabilità delle misure cautelari anticipatorie di azioni meramente risarcitorie, ponendosi i due provvedimenti su piani che sono distinti già concettualmente¹⁴. Per queste ultime la condanna ad un fare o ad un non fare difficilmente può essere anticipatoria di un provvedimento definitivo di condanna al risarcimento del danno. Mentre il primo mira a ripristinare o migliorare la concorrenzialità del mercato, il secondo tende ad indennizzare il ricorrente del pregiudizio subito. Ma, proprio nell'ipotesi di comportamenti che realizzano un abuso di posizione dominante, se il danno sofferto dalle imprese concorrenti ha natura patrimoniale ed è forse suscettibile di valutazione economica, certamente non lo è quello subito dalle altre imprese che trovano inaccessibile il settore, né quello sofferto dai consumatori che vedono ridotta l'offerta del bene¹⁵.

La scelta del legislatore, d'altra parte, trova un fondamento sistematico proprio nella legge 287 del 1990, istitutiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato cui spetta istituzionalmente l'intervento a tutela del libero mercato. Con essa, dunque, la possibilità di intervenire sul mercato attraverso provvedimenti a contenuto inibitorio è attribuita proprio all'Autorità, mentre il giudice ordinario investito della tutela delle posizioni individuali lese dalle condotte anticoncorrenziali resta competente unicamente per provvedimenti di tipo indennizzatorio. La separazione è netta e, dato che un'efficace disciplina antitrust non deve implicare necessariamente una incomunicabilità delle modalità di difesa delle posizioni individuali rispetto alle modalità di tutela della struttura oggettiva del mercato, forse troppo netta. L'Autorità, infatti, pur potendo infliggere sanzioni pecuniarie, non può irrogare condanne al risarcimento del danno, essendo anche le sanzioni amministrative pecuniarie commisurate al fatturato realizzato dall'impresa o dall'ente e non al pregiudizio subito dai concorrenti e/o consumatori in genere.

Ciò malgrado, la scelta sarebbe stata comunque funzionale se il procedimento amministrativo attraverso cui l'Autorità procede all'esame degli

¹⁴ In questo senso si è espresso R. ALESSI, *Note a Corte d'Appello di Milano* 23 gennaio 1992 e 5 febbraio 1992, in

Riv. Dir. Comm., 1992, II, p. 283 ss.

¹⁵ Vedi R. ALESSI, *cit.*, p. 285.

abusi (ma anche delle intese e, in parte, delle concentrazioni) non fosse ispirato ad una ampia tutela delle parti interessate senza però alcun sostanziale bilanciamento derivante dalla possibilità di quegli interventi urgenti che si rendessero necessari per non pregiudicare la effettiva tutela del mercato.

La legge istitutiva, infatti, pur limitando le possibilità di intervento dell'autorità giudiziaria ordinaria, non sembra aver attribuito all'Autorità antitrust efficaci poteri di intervento urgente e cautelare, neanche quando risulti evidente la violazione della legge e l'esistenza di una lesione per gli operatori del mercato¹⁶. L'Autorità, insomma, non dispone di poteri cautelari in materia di repressione delle intese e degli abusi di posizione dominante (in materia di concentrazioni può soltanto sospendere l'operazione previa apertura dell'istruttoria), mentre il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva antitrust, non può che disporre la sospensione dei provvedimenti impugnati ex art. 21 della legge n. 1034 del 1971.

Da ciò, dunque, dovrebbe discendere l'esigenza di un'interpretazione estensiva del secondo comma dell'art. 33. La stessa sanzione della nullità, d'altra parte, non può certo esaurire la casistica dei comportamenti anticoncorrenziali. Molto spesso, e proprio nell'ipotesi di abuso di posizione dominante, ci si confronta con un'attività non avente natura negoziale e non suscettibile di essere colpita con la nullità, ma che tuttavia resta antiggiuridica. Anche nelle pratiche concordate ciò che emerge non è tanto un accordo quanto il comportamento concreto delle imprese. In queste ipotesi, se a monte del risarcimento del danno vi deve essere il preventivo accertamento dell'illiceità ex art. 2043 c.c. del comportamento, allora il provvedimento definitivo richiesto deve contenere non solo la condanna al risarcimento ma incidentalmente anche la pronuncia di accertamento dell'illiceità del comportamento denunciato. Sebbene proprio questo ultimo aspetto avrebbe potuto trovare anticipazione in un provvedimento cautelare, allo stato dei fatti, soltanto l'ammissibilità di una esplicita dilatazione della cognizione ordinaria della Corte d'Appello oppure una interpretazione non tassativa delle azioni a cognizione piena esperibili ex art. 33, comma 2, potrebbero garantire una integrale tutela giurisdizionale delle situazioni di diritto soggettivo suscettibili di essere lese dalle intese e dagli abusi di cui agli artt. 2 e 3 della legge 287/90.

La Corte d'Appello, comunque, dopo aver dichiarato la propria incompetenza giurisdizionale conclude il proprio provvedimento rilevando la non imputabilità dei denunciati comportamenti alle associazioni professionali. Giudicando non ammissibile qualsivoglia automatismo vincolante

¹⁶ La tutela cautelare antitrust statunitense, al contrario si articola in un'ampia gamma di forme di tutela inibitoria e d'urgenza. In proposito, P.F. VALDINA, *Prime osservazioni sulla tutela cautelare antitrust*, in *Foro it.*, cit. Lo *Sherman Act* ed il *Clayton Act* attribuiscono alle corti il potere di adottare temporaneamente ordini restrittivi o proibizioni (*temporary restraining orders or prohibitions*) al fine di assicurare gli effetti della pronuncia sul merito.

Per l'attuazione del *Clayton Act*, la giu-

risprudenza ha poi riconosciuto al *Federal Trade Commission* - nelle more dei relativi procedimenti amministrativi - il diritto di chiedere alle corti l'emanazione di provvedimenti interlocutori e diretti a produrre effetti fino alla definizione della controversia di merito consistenti prevalentemente in ordini di fare o di non fare (*preliminary injunctions*). Nel corso delle azioni inibitorie intentate dai privati, infine, la section 16 di quest'ultimo *statute* autorizza le corti ad adottare *preliminary injunctions*.

tra le determinazioni delle associazioni professionali e la pratica condotta delle imprese associate, libere invece di aderire o meno ai deliberati delle loro associazioni di rappresentanza, i giudici romani hanno considerato assolutamente improponibile (e inutile) la richiesta dell'ordine di inibizione dei denunciati comportamenti.

Sebbene le associazioni professionali resistenti abbiano eccepito il difetto di legittimazione passiva loro propria, e i giudici della Corte d'Appello abbiano aderito, la Suprema Corte di Cassazione, sia pure in ordine a diverse fattispecie (concorrenza sleale *ex art.* 2598 c.c.), ha da tempo precisato che il comportamento illecito può essere compiuto anche da un terzo nell'interesse dell'imprenditore (Cass. 2634/83 e 2018/85). Con la conseguenza che, in tal caso, entrambi rispondono a titolo di concorrenza sleale anche se il terzo non riveste la qualifica di imprenditore e non sia concorrente dell'impresa danneggiata.

La fattispecie costitutiva dell'illecito postula un ulteriore elemento oggettivo che consente di riferire la condotta del terzo all'imprenditore. È necessario che fra questi sussista una particolare relazione per effetto della quale l'attività del primo deve ritenersi volta anche nell'interesse dell'imprenditore e in modo che questi possa trarne profitto. Una relazione di questo tipo si rinviene certamente nel rapporto che lega gli imprenditori di un settore del commercio alle associazioni professionali cui aderiscono, le quali istituzionalmente assumono nei propri fini il soddisfacimento degli interessi economici dei primi. Interessi di categoria quindi, ma che vengono tutelati perché di essi sono portatori i singoli associati e in funzione del vantaggio dei medesimi¹⁷.

Le associazioni, potendo interferire nei rapporti di concorrenza tra gli iscritti e i terzi nei casi in cui agiscono all'esterno a tutela dell'interesse dei primi alla conservazione o al potenziamento delle posizioni di mercato loro proprie, così come sono tenute ad improntare il loro comportamento verso gli altri imprenditori alle regole della correttezza vigenti nelle relazioni professionali d'impresa, all'inverso, possono porre in essere anche comportamenti concorrenziali illeciti. In questo caso il vincolo associativo — continuano i giudici della Cassazione — se non legittima la diretta imputazione dell'attività ai singoli imprenditori, impone tuttavia di riferire quella condotta agli stessi associati perché di fatto da essi consentita o accettata e comunque perché svolta dall'organismo cui hanno affidato la cura dei propri interessi in diretto e immediato vantaggio delle loro imprese¹⁸.

¹⁷ Scomparso l'ordinamento corporativo, tali associazioni svolgono una funzione strumentale rispetto agli interessi economici dei singoli associati, considerati unitariamente per la loro tutela collettiva. Gli effetti vantaggiosi dell'azione dell'organismo associativo, d'altra parte, sono destinati a prodursi, e normalmente si producono, solo per gli iscritti.

¹⁸ La conclusione, d'altra parte, sarebbe suffragata dalla norma contenuta nell'art. 2601 cod. civ. che, con riguardo ai comportamenti sleali lesivi della genera-

lità degli imprenditori della categoria, attribuisce anche alle associazioni professionali la legittimazione ad agire per la tutela collettiva di interessi concorrenziali comuni agli iscritti, sebbene non rivestano qualifica imprenditrice. Da ciò quindi la Cassazione ha ricavato l'analoga indicazione per la legittimazione passiva. Non può ammettersi — secondo i giudici della Suprema Corte — che il legislatore consideri irrilevante l'assenza di quella qualità ai fini della responsabilità dei terzi verso l'associazione e poi abbia costituito un ostacolo al-

Orbene, lo stesso problema, pur se la Corte d'Appello sembra averlo giustamente scongiurato, potrebbe riproporsi nel caso di abuso di posizione dominante. La partecipazione di soggetti non imprenditori all'abuso di posizione dominante è prevista dallo stesso art. 3, lett. a) della legge 287/90, il quale, nello stabilire che commette abuso l'imprenditore che impone anche indirettamente condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, chiaramente qualifica come imposizione illecita anche quella posta in essere per interposta persona e, più in generale, con il concorso di altro soggetto. La norma dunque sarebbe applicabile anche nel caso in cui autore materiale della condotta vietata sia in tutto o in parte un terzo estraneo alla relazione di mercato nel cui ambito incide quella condotta.

Ma, come si è detto, la responsabilità del terzo non imprenditore presuppone pur sempre il concorso con il soggetto al quale vien fatto risalire l'illecito. Senonché, nell'ipotesi che qui interessa, l'individuazione dei soggetti interposti non va in parallelo con quella dei soggetti avvantaggiati dall'attività dei primi, ma è realizzata con un'imputazione fittizia della condotta a tutti gli associati.

In realtà, la mediazione dello schema associativo rende impraticabile la ricerca dell'imprenditore cui attribuire l'atto abusivo. Contrariamente, si avallerebbe un'ipotesi di abuso per interposta persona dando per scontato che colui che si avvantaggia della condotta di altri non possa essere individuato né tanto meno convenuto.

Nella circostanza concreta, dunque, gli ostacoli sono resi insuperabili proprio dalla peculiarità della fattispecie. Non v'è, infatti, alcun modo per ascrivere la condotta abusiva alle associazioni professionali degli edicolanti perché il mancato svolgimento dei servizi collaterali si deve materialmente ai singoli giornalai. Infatti, pur se l'adozione dei comportamenti denunciati è stata ispirata dalle associazioni professionali nell'esercizio dell'attività istituzionale loro propria, un ipotetico ordine di inibizione nei loro confronti rispetto a comportamenti che non sono materialmente né giuridicamente loro imputabili, non impedirebbe certo alle singole imprese rappresentate di protrarre la condotta oggetto del contendere, e ciò senza la benché minima inottemperanza al provvedimento giudiziario di inibizione.

Ma allora, se i comportamenti sono concretamente posti in essere dai singoli edicolanti non solo non vi può essere abuso di posizione dominante, ma neanche una ipotesi di posizione di controllo del mercato.

D'altra parte, se è vero che nella fattispecie manca la prova del concorso tra il terzo non imprenditore e il soggetto cui imputare materialmente la condotta abusiva, allora la responsabilità di tali comportamenti dovrebbe fissarsi direttamente in capo alle associazioni professionali dei giornalai. Così però si torna al punto di partenza. In questo caso, infatti, l'applicazione dell'art. 3 della legge 287/90 che vieta l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, sarebbe pregiudicata evidentemente proprio dal difetto della qualifica di imprenditore delle suddette associazioni di categoria.

la diretta responsabilità delle medesime associazioni verso i terzi per gli atti sleali che

esse abbiano posto in essere nell'interesse degli associati.

Non resta forse allora che ragionare in termini di intesa tra imprese che abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza anche attraverso attività consistenti nell'impedire o limitare gli sbocchi o gli accessi al mercato (art. 2 della legge 287/90), ma non è stata questa la tesi prospettata ai giudici romani.

**RENZO RISTUCCIA
ANDREA SPADETTA**