

Luigi Raimondi

**LA NOZIONE DI GIURISDIZIONE
NAZIONALE *EX* ART 234 TCE
ALLA LUCE DELLA RECENTE
GIURISPRUDENZA COMUNITARIA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

La nozione di giurisdizione nazionale ex art. 234 TCE alla luce della recente giurisprudenza comunitaria

di LUIGI RAIMONDI

SOMMARIO: I. Introduzione. — II. La vicenda oggetto della sentenza *Syfait* e le caratteristiche dell'autorità remittente. — III. La soluzione proposta dall'Avvocato generale e la sentenza della Corte. — IV. Rilievi critici: a) il requisito dell'indipendenza. — V. (*Segue*) b) il potere di avocazione della Commissione. — VI. Opportunità di una modifica del test della Corte. — VII. Considerazioni sulla proposta avanzata dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle conclusioni *De Coster*. — VIII. Considerazioni conclusive.

I. La giurisprudenza della Corte concernente la nozione di giurisdizione di uno Stato membro legittimata a sollevare rinvio pregiudiziale (art. 234 TCE) si fonda, come è noto, su un insieme di parametri che compongono un quadro dai contorni non chiaramente definiti ¹.

La Corte, fino ad ora, ha interpretato tali parametri in modo estensivo, ritenendo ricevibili anche rinvii provenienti da autorità la cui natura giurisdizionale appariva dubbia ². Siffatto orientamento,

¹ Secondo una costante giurisprudenza, per valutare se l'organo remittente possiede le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 234 CE, si deve tener conto di un insieme di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che applichi norme giuridiche, la sua indipendenza ed il carattere giurisdizionale della sua pronuncia (Cfr., tra le tante, Corte giust. 30 giugno 1966, causa C-61/65, *Vaassen-Göbbels*, in *Racc.* p. 407; 11 giugno 1987, causa C-14/86, *Pretore di Salò/X*, in *Racc.* p. 2425, punto 7; 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Danfoss*, in *Racc.* p. 3199, punti 7 e 8; 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo e a.*, in *Racc.* p. I-1477, punto 21; 19 ottobre 1995, causa C-111/94, *Job Centre*, in *Racc.* p. I-3361, punto 9; 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.* p. I-4961, punto 23; 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, in *Racc.* p. I-551; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, in *Racc.* p. I-1577, punto 33; 30 novembre 2000, causa C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, in *Racc.* p. I-10497, punto 24; 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, in *Racc.* p. I-4573, punto 34).

² Fra le numerose sentenze in cui si conferisce un'interpretazione ampia alla nozione di giurisdizione nazionale cfr. Corte giust. 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit., nella quale è giudicato ricevibile un rinvio pregiudiziale sollevato dalla Commissione federale tedesca di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti; 4 febbraio 1999, causa C-103/97,

che è parso originariamente dettato dalla volontà di incoraggiare il ricorso alla procedura di rinvio, si è mantenuto costante ³.

Si pone in controtendenza con tale indirizzo la recente sentenza *Syfait*, del 31 maggio 2005, nella quale la Corte, pur non ponendo in discussione i consueti parametri, li applica in modo insolitamente restrittivo, dichiarandosi incompetente a rispondere ai quesiti pregiudiziali sollevati dalla Commissione ellenica per la concorrenza (*Epitropi Antagonismou*) ⁴.

La sentenza ha una portata che, come si vedrà, va ben oltre il caso dell'autorità greca. La motivazione — o almeno una sua parte significativa — è infatti fondata su considerazioni che appaiono valide per tutte le autorità nazionali garanti della concorrenza.

La soluzione adottata dalla Corte appare viepiù degna di rilievo se si considera che, oltre a discostarsi dalla soluzione proposta dall'Avvocato generale Jacobs ⁵, sembra in contraddizione con il più

Köllensperger e Atzwanger, cit., nella quale i giudici di Lussemburgo riconoscevano la natura giurisdizionale dell'Ufficio aggiudicazione appalti del Land Tirolo in Austria; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, cit., nella quale la Corte rispondeva ai quesiti pregiudiziali del *Tribunal Econòmico-Administrativo Regional de Cataluña*, organo incardinato nella struttura del Ministero delle Finanze, i cui atti erano oggetto del ricorso, e composto da funzionari dello stesso Ministero.

³ Tra i più significativi contributi sulla nozione di giurisdizione nazionale *ex art.* 234 TCE, P. BERTOLI, *Corte di giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005, p. 60 ss.; L. DANIELE, *Commento all'art. 234 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, pp. 1105-1106; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003, p. 16 ss.; P. OLIVER, *La recevabilité des questions préjudicielles: la jurisprudence des années 1990*, in *Cahiers droit eur.*, 2001, p. 15 ss.; J. BOULOIS, M. DARMON, J.-G. HUGLO, *Contentieux communautaire*, Paris, 2001, p. 22; N. BASSI, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla nozione di « giudice nazionale »: è il momento della Corte costituzionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 155 ss.; L. NEVILLE e T. KENNEDY, *The Court of Justice of The European Communities*, London, 2000, p. 223 ss.; K. LENAERTS, D. ARTS, *Procedural Law of the European Union*, London, 1999, p. 45 ss.; P. ALQUIE, *L'Affaire Victoria Film et la notion de juridiction d'un Etat membre: des ambiguïtés subsistent*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1998, p. 634 ss.; M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale: la logica fuzzy della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1998, p. 699 ss.; G. GORI, *Il rinvio pregiudiziale e la collaborazione tra la Corte di giustizia delle Comunità europee e i giudici nazionali alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Riv. dir. eur.*, 1998, p. 721 ss.; D. RUIZ-JARABO COLOMER, M. LOPEZ ESCUDERO, *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales*, in *Revista del Poder Judicial*, 1997, p. 83 ss.; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 101 ss.; C. NIZZO, *La notion de juridiction au sens de l'article 177: la portée de l'arrêt Job Centre*, in *Riv. dir. eur.*, 1995, p. 335 ss.; M. WAELBROEK, D. WAELBROEK, *Article 177*, in J. V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, M. WAELBROEK, D. WAELBROEK, *Commentaire Mégret*, vol. X (deuxième édition), Bruxelles, 1993, p. 217 ss.; P. PESCATORE, *Article 177*, in V. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (sous la direction de), *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, Paris, 1992, p. 1089 ss.; G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 273 ss.

⁴ Corte giust. 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Syfait e a.*, in *Racc.*, p. I-4609.

⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Syfait e a.*, in *Racc.*, p. I-4609.

diretto precedente giurisprudenziale in materia. In passato, infatti, la Corte, adita dall'autorità garante della concorrenza spagnola, pur senza affrontare il problema della natura del soggetto remittente, aveva risposto ai quesiti sollevati, accettando implicitamente le osservazioni sulla ricevibilità svolte nelle conclusioni dello stesso Avvocato generale Jacobs ⁶.

Vi è da chiedersi se tale mutamento giurisprudenziale risponda ad un nuovo orientamento volto a restringere gli argini della ricevibilità dei rinvii pregiudiziali nel contesto dell'allargamento, in cui l'accesso incontrollato a tale procedura potrebbe appesantire eccessivamente il carico di lavoro della Corte.

Ma anche a prescindere da ogni valutazione di politica giudiziaria, la sentenza *Syfait* induce a compiere alcune riflessioni circa la congruenza dei tradizionali parametri con il principio di certezza del diritto e l'opportunità di una loro sostituzione con un test che si presta ad applicazioni meno flessibili.

Nelle osservazioni che seguono, dopo avere valutato la sentenza in relazione ai precedenti giurisprudenziali in materia di « giurisdizione nazionale », si sottoporrà a critica la flessibilità dei criteri utilizzati dalla Corte in tale filone giurisprudenziale. Si considererà, inoltre, l'introduzione del test più rigoroso, proposto dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni relative alla causa *De Coster*, alla luce del quale si valuterà il dispositivo della sentenza in esame ⁷.

II. La controversia che dava luogo alla causa *Syfait* originava dal rifiuto di una casa farmaceutica in posizione dominante di soddisfare integralmente gli ordinativi provenienti da grossisti greci. Il rifiuto veniva giustificato sulla base del rilievo che gli ordinativi eccedevano di gran lunga il fabbisogno nazionale, essendo in gran parte destinati all'esportazione in altri Stati membri. Tale commercio parallelo era particolarmente conveniente atteso che i prezzi dei farmaci greci, fissati dalle autorità di quello Stato, risultavano più bassi di quelli degli altri Stati membri. È opportuno sottolineare in proposito che la peculiarità del mercato in oggetto risiede nella circostanza che i prezzi non si formano liberamente, ma sono oggetto di determinazione amministrativa statale.

⁶ Corte giust. 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Asociación Española de Banca Privada e a.*, in *Racc.* p. I-4785; cfr. altresì le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, presentate il 10 giugno 1992, nella causa ora citata, punti 10-12.

⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, in *Racc.* p. I-9445.

A seguito delle segnalazioni delle parti contendenti, la vicenda diveniva oggetto di un procedimento per abuso di posizione dominante innanzi alla Commissione ellenica per la concorrenza (in prosieguo, « Commissione per la concorrenza »). Quest'ultima, in una prima fase, adottava provvedimenti provvisori disponendo che il produttore soddisfacesse gli ordinativi dei grossisti. Successivamente, sospendeva il procedimento al fine di sottoporre alla Corte alcuni quesiti pregiudiziali.

In sintesi, domandava alla Corte se, e in che misura, il rifiuto di un'impresa farmaceutica in posizione dominante di soddisfare gli ordinativi ricevuti dai grossisti possa costituire un comportamento abusivo *ex art. 82 TCE*, in un contesto, come quello in questione, in cui la concorrenzialità del mercato è falsata dalla determinazione amministrativa dei prezzi.

Per non appesantire la trattazione non pare opportuno dar conto qui delle posizioni delle parti e delle considerazioni dell'Avvocato generale sul merito della vicenda, che pure presentano profili di sicuro interesse ⁸. Ci limiteremo, invece, a riportare gli argomenti concernenti la ricevibilità del rinvio, che costituiscono oggetto della nostra indagine. Giova, a tal fine, tratteggiare preliminarmente le caratteristiche dell'autorità remittente, come risultano dall'esposizione dei fatti contenuta nella sentenza e nelle conclusioni dell'Avvocato generale.

La Commissione ellenica per la concorrenza, disciplinata dalla legge n. 703/1977, come modificata dalla legge n. 2941/2001, è composta di nove membri nominati per tre anni dal Ministro dello Sviluppo. Quattro di questi sono scelti da terne di candidati presentate da organizzazioni sindacali del commercio e dell'industria. Gli altri cinque sono: un consigliere dell'Avvocatura dello Stato o un giudice appartenente alle supreme magistrature; due professori universitari, uno di materie giuridiche e l'altro di materie economiche; nonché due personalità di fama riconosciuta esperte in diritto o in politica della concorrenza. Il presidente viene scelto tra i predetti membri con designazione del Ministro per lo Sviluppo.

Detta Commissione, per espressa previsione della legge istitutiva, funziona come un'autorità indipendente. Dispone di autonomia amministrativa ed economica. Ai suoi membri è garantita l'indipendenza personale e funzionale. Essi, « nell'esercizio delle loro fun-

⁸ Per una trattazione di tali profili cfr. S. BASTIANON, *Il caso « Syfait » e il problema delle importazioni parallele nel settore farmaceutico*, in *Foro it.*, IV, 2005, col. 441 ss.

zioni, sono sottoposti solo alla legge e alla loro coscienza »⁹. Inoltre è loro interdetto l'esercizio di qualsiasi altra funzione pubblica o attività professionale privata che sia incompatibile con la qualità e i doveri di membro della Commissione per la concorrenza.

La Commissione è dotata di un Segretariato, coordinato e diretto dal presidente, che ha il compito di svolgere indagini sui casi sottoposti alla Commissione e di formulare per iscritto proposte di soluzione.

III. Come si è accennato, nel vagliare la natura giurisdizionale della Commissione in oggetto, l'Avvocato generale e la Corte sono giunti a conclusioni opposte.

L'analisi di entrambi prende le mosse dalla ormai classica formula giurisprudenziale secondo la quale la nozione di giurisdizione *ex art. 234 TCE* è una nozione di diritto comunitario. In base a tale consolidata giurisprudenza, per valutare se l'organo remittente possieda le caratteristiche di un giudice, occorre tener conto di un insieme di elementi: 1) l'origine legale dell'organo, ovvero la circostanza che sia istituito da una fonte di diritto; 2) il suo carattere permanente; 3) il fatto che applichi regole di diritto; 4) l'obbligatorietà della sua giurisdizione; 5) la natura contraddittoria del procedimento; 6) l'indipendenza dell'organo; 7) il carattere giurisdizionale della sua pronuncia.

Secondo l'Avvocato generale, la Commissione per la concorrenza avrebbe natura giurisdizionale. L'origine legale è infatti da ravvisarsi nella citata legge 703/77, in virtù della quale detta Commissione ha carattere permanente. Questa applica le regole di concorrenza nazionali e comunitarie. La sua giurisdizione è obbligatoria, ed il contraddittorio è assicurato dalla circostanza che entrambi i contendenti possono farsi rappresentare legalmente e possono svolgere osservazioni, godendo di garanzie procedurali simili a quelle delle parti di un processo ordinario¹⁰.

Tuttavia l'Avvocato generale solleva due dubbi concernenti rispettivamente la « perizia giuridica » dei componenti della Commissione per la concorrenza, e la struttura dei rapporti tra la Commissione ed il suo Segretariato.

Relativamente al primo punto afferma che per valutare la natura giuridica di un organo « non si può prescindere dal considerare

⁹ Art. 8, n. 1 della legge n. 703/1977, citato al punto 22 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

¹⁰ Punti 26 e 39 delle conclusioni presentate nella causa *Syfait e a.*, cit.

quanti dei suoi membri siano avvocati o giudici » ¹¹. Nel caso di specie è previsto che soltanto due dei nove posti di componente della Commissione siano riservati a giuristi (un consigliere dell'Avvocatura dello Stato o un giudice e un professore di diritto). Tuttavia altri due posti spettano a personalità di riconosciuta autorità, esperte in diritto o in politica della concorrenza. Ciò posto, il carattere giurisdizionale dell'organo non sarebbe di per sé escluso, considerando anche che nel settore del diritto della concorrenza, oltre alle competenze giuridiche, è necessaria la conoscenza dell'economia e del commercio.

Quanto ai rapporti tra la Commissione per la concorrenza ed il suo Segretariato, l'Avvocato generale riconosce che il Presidente della Commissione gode di autorità sul Segretariato, potendo anche esercitare poteri disciplinari. Ma non trova probabile che tale autorità influisca sullo svolgimento di un'indagine. In ogni caso, ritiene che per garantire una separazione operativa nel corso delle indagini sia sufficiente il rispetto del principio del contraddittorio assicurato dalla Commissione per la concorrenza ¹².

Difformemente da quanto suggerito dall'Avvocato generale, la Corte ha ritenuto che la Commissione per la concorrenza presenti un carattere non giurisdizionale ed ha pertanto dichiarato la propria incompetenza a statuire.

Tale rigetto è fondato su quattro ordini di ragioni. Primo, la Commissione per la concorrenza è « soggetta alla tutela del Ministro per lo Sviluppo », il quale potrebbe, entro certi limiti, controllare la legittimità delle decisioni da questa assunte. Secondo, la revoca o l'annullamento della nomina dei membri della Commissione non è soggetta a particolari garanzie; dunque questi sarebbero permeabili ad interventi o pressioni da parte del potere esecutivo. Terzo, a causa del nesso funzionale con il Segretariato, la Commissione « non si distingue nettamente, come terzo, dall'organo statale che, a causa del suo ruolo, può essere equiparato ad una parte nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza ». Quarto, la Commissione delle Comunità europee può privare le autorità *antitrust* nazionali della loro competenza, avviando un procedimento sul medesimo oggetto. Quando ciò avviene il procedimento avviato dall'autorità *antitrust* nazionale non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale.

¹¹ Punto 31 delle conclusioni presentate nella causa *Syfait e a.*, cit.

¹² Punto 39 delle conclusioni presentate nella causa *Syfait e a.*, cit.

IV. Dei quattro motivi di rigetto che si possono individuare nella pronuncia della Corte, i primi tre sono riconducibili al requisito dell'indipendenza.

Non appare superfluo rammentare che detto requisito è apparso piuttosto tardi nella giurisprudenza della Corte. La sua comparsa risale alla sentenza *Pretore di Salò* del 1987¹³. Ma si trattava in quel caso di una mera enunciazione. Per una sua prima applicazione bisognerà attendere la sentenza *Corbiau* del 1993¹⁴. Da quella sentenza in poi, in numerose occasioni il requisito dell'indipendenza è entrato direttamente in gioco nella valutazione circa la natura giurisdizionale di un'autorità remittente¹⁵.

Per quanto qui rileva il requisito in questione presenta due profili strettamente connessi. Il primo consiste nella indipendenza del soggetto giudicante dal potere esecutivo. Tale profilo, nella giurisprudenza della Corte, emerge con particolare evidenza in tutti i casi in cui l'autorità remittente presenta un rapporto organico con l'amministrazione di cui dovrebbe controllare gli atti¹⁶.

Il secondo consiste nella indipendenza del soggetto remittente rispetto alle parti della controversia. Questo profilo, che costituisce la terzietà in senso stretto, a differenza del precedente, non afferisce al tema della separazione dei poteri¹⁷.

I due aspetti, nella maggior parte dei casi, si presentano insieme poiché il primo tende ad assorbire il secondo. Un'autorità remit-

¹³ Corte giust. 11 giugno 1987, causa 14/86, *Pretore di Salò*, cit., punto 7.

¹⁴ Corte giust. 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, in *Racc.* p. I-277

¹⁵ Corte giust. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali a carico di X*, in *Racc.* p. I-6609; 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit.; 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllenspenger e Atzwanger*, cit.; 2 marzo 1999, causa C-416/96, *El-Yassini*, in *Racc.* p. I-1209; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, cit.; 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, in *Racc.* p. I-4573; 18 giugno 2002, causa C-92/00, *HI*, in *Racc.* p. I-5553.

¹⁶ Corte giust. 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, cit.; 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit.; 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllenspenger e Atzwanger*, cit.; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, cit.; 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, cit.; 18 giugno 2002, causa C-92/00, *HI*, cit.

¹⁷ Cfr. in questo senso le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, 29 gennaio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, in *Racc.* p. I-4573, punti 25–32, nelle quali è contestata la « terzietà » dell'organo remittente, intesa nel senso suddetto di equidistanza dalle parti in causa.

Cfr., inoltre, le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, cit., punto 92, nelle quali si afferma che « [l']indipendenza deve sussistere non solo ad extra, rispetto ad elementi esterni al potere giudiziario e al processo, ma deve manifestarsi anche all'interno, nei confronti degli interessi in gioco. Qui l'indipendenza diviene terzietà. In definitiva, non si può essere giudice e parte allo stesso tempo e non si può parlare di funzione giurisdizionale in mancanza di un organo imparziale e indipendente ».

Una ricostruzione in parte simile si riscontra nelle conclusioni dell'Avvocato generale Tesaurò, 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, in *Racc.* p. I-4961, punto 28, nelle quali ci si riferisce all'indipendenza dell'organo « sotto il duplice profilo della sua terzietà rispetto alle parti della controversia e dell'immovibilità dei membri che lo compongono ».

tente, organicamente legata all'amministrazione di cui deve controllare gli atti, non essendo indipendente, non è neanche equidistante rispetto alle parti ¹⁸.

Ma non è sempre vero il contrario. Vi sono dei soggetti che, pur esercitando le proprie prerogative in modo indipendente rispetto al potere esecutivo o agli interessi in gioco, assumono il ruolo processuale di parte della controversia. È questo il caso che si è presentato nella causa *Procedimenti penali a carico di X*, originata dal rinvio pregiudiziale di un Pubblico ministero italiano in un procedimento penale. Tale causa, come è noto, è stata giudicata irricevibile poiché l'autorità remittente riveste la natura di parte, che esercita l'azione penale nel processo ¹⁹.

La distinzione ora prospettata rileva ai nostri fini poiché le prime due considerazioni della Corte sull'indipendenza della Commissione per la concorrenza sembrano riconducibili al tema della separazione tra potere giudiziario e potere esecutivo. La terza, concernente i rapporti tra la detta Commissione ed il suo Segretariato, a nostro avviso, pone esclusivamente il problema dell'equidistanza tra il giudicante e le parti della controversia.

Per questa ragione ci pare opportuno dividere in due parti la trattazione delle predette argomentazioni.

A) Nei primi due motivi di rigetto, come si è accennato, la Corte contesta l'indipendenza dell'autorità remittente, in considerazione della sua prossimità al potere esecutivo. Da un lato, la Commissione per la concorrenza è « soggetta alla tutela del Ministro per lo Sviluppo » ²⁰. Dall'altro, non essendo la revoca o l'annullamento

¹⁸ Si deve osservare che la Corte utilizza indifferentemente i termini « indipendenza » e « terzietà » per riferirsi ad entrambi i fenomeni citati. Ciò è da attribuirsi probabilmente alla detta portata assorbente del primo profilo menzionato. Allo stesso modo, la Corte europea dei diritti dell'Uomo, nell'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che sancisce il diritto ad un giudice « indipendente e imparziale », riconduce la relazione del giudice rispetto alle parti al profilo dell'indipendenza, sebbene questa sembrerebbe piuttosto ascrivibile alla nozione di imparzialità [in questo senso, M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 6*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 182].

¹⁹ Corte giust. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali a carico di X*, cit. In tale sentenza il requisito dell'indipendenza dell'organo sembra mischiarsi a quello del carattere giurisdizionale della decisione emanata. La Corte, in particolare, ricorda di poter essere adita « solo da un organo chiamato a pronunciarsi con assoluta indipendenza nell'ambito di un procedimento destinato a concludersi con una decisione di carattere giurisdizionale » (punto 18). Ed afferma che « la Procura della Repubblica ha il compito (...), non già di dirimere con assoluta indipendenza una controversia, ma di sottoporla eventualmente, in quanto parte che esercita l'azione penale nel processo, al giudizio dell'organo giurisdizionale competente » (punto 19).

²⁰ Punto 30 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

della nomina dei membri della Commissione soggette a particolari garanzie, sarebbero possibili « indebiti interventi o pressioni da parte del potere esecutivo »²¹.

Si deve segnalare che la Corte non spiega in cosa consisterebbe la « tutela » del Ministro per lo Sviluppo. Afferma che « una tale tutela implica che detto Ministro possa, entro certi limiti, controllare la legittimità dell'Epitropi Antagonismou »²². Ma non è chiaro in presenza di quali circostanze ed entro quali limiti sarebbe possibile tale revisione. In particolare la Corte non chiarisce come la detta « tutela » si concilierebbe con l'enunciazione, contenuta nella legge istitutiva, in base alla quale la Commissione per la concorrenza « funziona come un'autorità indipendente ». La sentenza appare sul punto eccessivamente laconica, né sono d'aiuto al riguardo le conclusioni dell'Avvocato generale nelle quali il punto non è trattato.

Analoghe considerazioni possono svolgersi quanto alla possibilità che il Ministro revochi o annulli la nomina dei membri della Commissione. È vero che non ci sono garanzie espresse al riguardo. Ma, dalla ricostruzione dei fatti, non risulta neanche che la legge greca preveda espressamente un potere di rimozione dei membri della Commissione in capo al Ministro. Inoltre non è chiaro se un'eventuale revoca o annullamento della nomina sarebbe conciliabile con la legge istitutiva che prevede un mandato di tre anni ed espressamente afferma che ai membri della Commissione viene garantita « indipendenza dal punto di vista personale e funzionale ».

È agevole al riguardo osservare che la motivazione della sentenza non appare congrua.

Ma anche a prescindere dalla valutazione delle considerazioni della Corte, si deve osservare che l'apprezzamento del requisito dell'indipendenza svolto nei confronti dell'autorità greca appare assai più severo di quello svolto in passato nei confronti di altre autorità remittenti.

Nella nota sentenza *Dorsch Consult* la Corte giudicava ricevibile un rinvio proveniente dalla Commissione federale tedesca di sorveglianza sull'aggiudicazione degli appalti²³. Questa si presentava divisa in sezioni, composte per due terzi da funzionari dell'Ufficio federale in materia di concorrenza (*Bundeskartellamt*), che è soggetto al controllo del Ministro dell'Economia. I predetti funzionari rimanevano nell'organico del *Bundeskartellamt*, svolgendo conte-

²¹ Punto 31 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

²² Punto 30 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

²³ Corte giust. 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit.

stualmente le due funzioni ²⁴. Inoltre, sebbene fossero applicabili talune disposizioni in materia di stabilità e indipendenza dei giudici, non era disposta, per essi, una durata del mandato ²⁵.

Come evidenziato dall'Avvocato generale Tesauro, l'indipendenza e l'imparzialità di un organo così composto appaiono dubbie ²⁶. Ciò nonostante la Corte ne ha riconosciuto la natura giurisdizionale.

In modo analogo, nella sentenza *Köllenspenger e Atzwanger*, singolarmente citata dalla Corte a suffragio delle proprie affermazioni nella pronuncia *Syfait*, i giudici di Lussemburgo riconoscevano la natura giurisdizionale dell'Ufficio aggiudicazione appalti del land Tirolo in Austria ²⁷.

Si trattava di un organismo composto da sette membri, tra cui un funzionario in aspettativa dell'amministrazione i cui atti erano oggetto di ricorso. Tale membro, sebbene in minoranza rispetto ai membri « laici », assumeva una posizione di particolare rilievo poiché gli spettava per legge il ruolo di relatore.

In quel caso, inoltre, era espressamente previsto che l'amministrazione potesse annullare la nomina dei membri dell'Ufficio remittente, qualora si presentassero degli elementi che impediscono, « in maniera probabilmente duratura », il regolare esercizio delle funzioni. Si tratta, come è stato evidenziato dall'Avvocato generale Saggio, di un presupposto vago, tale da conferire all'amministrazione in causa un potere discrezionale di rimozione dei membri dell'Ufficio ²⁸.

Ancor più evidente appare il contrasto tra il rigore con cui il requisito dell'indipendenza è applicato nella sentenza *Syfait* con l'interpretazione dello stesso requisito effettuata nella sentenza *Gabalfrija* ²⁹. Detta pronuncia, a ragione, viene reputata il culmine del progressivo allentamento del requisito dell'indipendenza nella giurisprudenza della Corte ³⁰. Essa aveva ad oggetto un rinvio pregiudiziale sollevato dal *Tribunal Econòmico-Administrativo Regional de Cataluña*: un organo incardinato nella struttura del Ministero delle

²⁴ Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit., punto 34

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, punti 35 e 36.

²⁷ Corte giust. 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllenspenger e Atzwanger*, cit.

²⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Saggio, 24 settembre 1998, causa C-103/97, *Köllenspenger e Atzwanger*, in *Racc.* p. I-551, punto 26.

²⁹ Corte giust. 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrija e a.*, cit.

³⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, cit., punto 26.

Finanze, i cui atti erano oggetto del ricorso, e composto da funzionari dello stesso Ministero, nominati e revocabili dal Ministro. Ebbene, nonostante i forti dubbi sull'indipendenza di un organo così composto, la Corte ne ha riconosciuto la natura giurisdizionale, affermando che l'indipendenza era assicurata dalla separazione funzionale tra gli uffici dell'amministrazione e i *Tribunales*.

Sebbene dagli elementi sopra descritti appare chiaro che il grado di indipendenza degli organi remittenti menzionati sia inferiore rispetto a quello della Commissione per la concorrenza greca, ciò non ha impedito alla Corte di riconoscere la natura giurisdizionale ai primi e negarla a quest'ultima.

L'esito della causa *Syfait* non appare in linea con la giurisprudenza della Corte neanche alla luce di un precedente più recente: la sentenza *Schmid*, nella quale la Corte si dichiarava incompetente a statuire su un rinvio proposto da una sezione d'appello delle direzioni regionali alle finanze austriache³¹. L'organo remittente, composto per due terzi da funzionari dell'amministrazione i cui atti era chiamato a vagliare, veniva infatti giudicato privo del requisito dell'indipendenza.

È vero che quest'ultima pronuncia può interpretarsi come un segno di ritrovato rigore nel vaglio del requisito in esame. Tuttavia la Commissione per la concorrenza greca non si trova nelle stesse condizioni delle direzioni generali delle finanze austriache, almeno per due motivi. In primo luogo, nessuno dei suoi componenti è un funzionario dell'amministrazione. Inoltre, non è chiamata a vagliare gli atti del Ministro da cui dipenderebbe.

Quest'ultimo motivo costituisce, invero, una significativa differenza anche con tutti gli altri precedenti in materia. Sia nella sentenza capostipite *Corbiau*, che in tutte quelle successive, l'indipendenza dell'organo era, infatti, in discussione poiché questo presentava un collegamento con il potere esecutivo, i cui atti era competente a conoscere. Nella causa *Syfait*, invece, non solo il collegamento dell'organo remittente con l'esecutivo appare assai tenue. Ma tale organo non è neanche competente a conoscere atti dell'amministrazione, svolgendo piuttosto un controllo su rapporti intercorrenti tra soggetti privati.

B) Nella sentenza *Syfait*, come si è accennato, entra in gioco anche il profilo della terzietà, intesa come equidistanza dell'autorità remittente dalle parti in lite.

Segnatamente, la Corte censura il nesso funzionale della Com-

³¹ Corte giust. 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, cit.

missione con il suo Segretariato, organo d'istruzione su proposta del quale essa decide. Sebbene la motivazione appaia sul punto poco chiara, tale censura, a differenza delle precedenti, non sembra porre in discussione l'indipendenza della Commissione dal potere esecutivo. Il Segretariato infatti non è direttamente collegato al Ministero, né ad altre branche dell'amministrazione pubblica.

Piuttosto, è in discussione l'imparzialità dell'organo decidente rispetto alle parti contendenti. La Corte contesta, in particolare, la circostanza che il presidente della Commissione per la concorrenza « da un lato, è competente per il coordinamento e la determinazione dell'indirizzo generale del segretariato e, dall'altro, è il superiore gerarchico del personale del medesimo segretariato ed esercita su di esso il potere disciplinare »³². La suddetta duplice funzione suscita dubbi circa la terzietà dell'autorità remittente.

Un'analoga impressione può trarsi dalla lettura delle conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, secondo il quale, « [s]olo qualora sia sufficientemente separato dalla Commissione per la concorrenza, il Segretariato può essere definito terzo rispetto alla parte indagata e alla Commissione per la concorrenza quale giudice »³³.

Il punto poco chiaro della motivazione è il parallelo svolto dalla Corte tra la situazione dei *Tribunales Económico-Administrativos* di cui alla sentenza *Gabalfrisa* e la Commissione per la concorrenza greca.

Segnatamente, i giudici di Lussemburgo affermano che detti *Tribunales* « sono stati considerati dalla Corte terzi rispetto agli uffici dell'Amministrazione delle finanze (...), in particolare a causa della separazione funzionale esistente tra gli uni e gli altri ». La Commissione per la concorrenza, invece, presentando un nesso con il suo Segretariato, organo d'istruzione su proposta del quale essa decide, « non si distingue nettamente, come terzo, dall'organo statale che, a causa del suo ruolo, può essere equiparato ad una parte nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza ».

Il paragone sopra prospettato, a nostro avviso, non è calzante poiché assimila due situazioni differenti e non distingue con sufficiente chiarezza il profilo dell'indipendenza dell'organo giurisdizionale dal potere esecutivo con quello della sua terzietà rispetto alle parti contendenti.

Nella sentenza *Gabalfrisa*, come si è accennato, si trattava di stabilire se avesse natura giurisdizionale un organismo, facente

³² Punto 32 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

³³ Punto 34 delle conclusioni presentate nella causa *Syfait e a.*, cit.

parte del Ministero delle Finanze, competente a decidere taluni ricorsi avverso gli atti dello stesso Ministero. In quel caso, la Corte giudicava non rilevante il fatto che i membri dell'organo in questione fossero, allo stesso tempo funzionari dell'amministrazione convenuta e che l'organo stesso fosse organicamente inserito nel Ministero delle Finanze, e attribuiva portata decisiva al dato formale rappresentato dalla separazione delle funzioni tra gli uffici incaricati dell'amministrazione fiscale ed i *Tribunales* incaricati di decidere sui reclami.

È evidente che il problema posto al centro della controversia era quello del rapporto organico tra l'organo giudicante e l'amministrazione, i cui atti erano oggetto del ricorso. In tale sentenza, dunque, il profilo dell'indipendenza è da considerarsi assorbente rispetto a quello della terzietà dell'organo.

Il legame intercorrente tra la Commissione per la concorrenza greca ed il suo Segretariato non pone, invece, un problema di indipendenza della Commissione dal potere esecutivo. Il Segretariato, infatti, non fa parte del potere esecutivo, ma è una componente della stessa Commissione per la concorrenza. Come risulta dalla descrizione dei fatti, il Segretariato non ha alcun legame con il potere esecutivo, essendo invece diretto dallo stesso presidente della Commissione.

Alla luce di quanto si è detto, non è chiara la ragione per cui, secondo la Corte, l'organo remittente, presentando un nesso funzionale con il suo segretariato, non si distingue nettamente, come terzo, « dall'organo statale che, a causa del suo ruolo, può essere equiparato ad una parte nell'ambito del procedimento in materia di concorrenza ».

Se la nostra ricostruzione è corretta, dunque, nonostante i richiami alla causa *Gabalfrisa* e l'affermazione ora riportata, secondo la quale il Segretariato non si distinguerebbe « dall'organo statale », il problema che si pone relativamente ai rapporti tra Commissione e Segretariato è unicamente quello dell'equidistanza dell'organo giudicante rispetto alle parti in causa.

Ciò posto, la Corte avrebbe dovuto spiegare perché il Segretariato sarebbe una parte della controversia. L'assunto non appare affatto scontato.

La circostanza che il Segretariato ha il compito di svolgere indagini sui casi sottoposti alla Commissione e di formulare per iscritto proposte di soluzione non ci pare sufficiente a conferirgli natura di parte. Da quanto risulta, la legge non gli attribuisce poteri autonomi. Anzi, dispone che il Presidente della Commissione « coor-

dina e dirige il segretariato ». Questi « è il superiore gerarchico del personale del segretariato (...) ed esercita sullo stesso il potere disciplinare » ³⁴.

A nostro avviso, l'assenza di una separazione funzionale tra Commissione e Segretariato, e la mancanza di autonomia di quest'ultimo, non implicano un'alterazione della *par condicio* tra le parti ma, al contrario, escludono la natura di parte del Segretariato.

Non sussistendo alcuna separazione funzionale tra Commissione e Segretariato, questi si identificano. Ed il Segretariato, lungi dall'essere una parte della controversia, detentrica di interessi propri e dotata di poteri autonomi, non è che un ufficio della Commissione, che ha il compito di svolgere indagini e proporre soluzioni.

Ferme restando le critiche ora esposte, si deve segnalare che le censure svolte dalla Corte, concernenti il profilo della terzietà dell'organo remittente, sembrano apportare un elemento di novità nella giurisprudenza. In passato, infatti, il problema della terzietà dell'organo era stato autonomamente valutato soltanto nella citata sentenza *Procedimenti penali a carico di X*, nella quale la Corte si era dichiarata incompetente a statuire su una questione pregiudiziale deferita dalla Procura della Repubblica presso la pretura circondariale di Torino. La Corte affermava in proposito che la Procura della Repubblica, in un procedimento come quello *a quo*, ha il compito « non già di dirimere con assoluta indipendenza una controversia, ma di sottoporla eventualmente, in quanto parte che esercita l'azione penale nel processo, al giudizio dell'organo giurisdizionale competente » ³⁵.

In quel caso l'organo remittente era lo stesso Pubblico ministero, individuato dalla Corte come parte della controversia. Nel caso in esame, invece, l'organo remittente non è il soggetto ritenuto parte della controversia, ossia il Segretariato, ma la stessa Commissione la cui natura giurisdizionale difetta a causa della sua supposta vicinanza ad una parte.

È evidente che si tratta di una visione del requisito dell'indipendenza che è improntata ad un maggior grado di rigore. Tale impo-

³⁴ Punti 26 e 27 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

³⁵ Corte giust. 12 dicembre 1996, cause riunite C-74/95 e C-129/95, *Procedimenti penali a carico di X*, cit., punto 19. Si deve segnalare che la qualificazione del Pubblico ministero come « parte » del procedimento nella sentenza ora citata è stata contestata in dottrina. La causa originava infatti da un rinvio sollevato dal P.M. preliminarmente alla formulazione dell'imputazione, in una fase in cui questi « sarebbe non ancora propriamente qualificabile quale « parte » », ma « investito di una funzione pubblica e statualistica, ancorché, di certo, non giurisdizionale » (G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale*, cit., p. 27, nota 48).

stazione appare, in generale, condivisibile. Senonché, nel caso di specie, la natura di parte del Segretariato non sembra essere stata comprovata a seguito di una specifica valutazione.

V. Il quarto motivo di rigetto sopra individuato, come si ricorderà, è fondato sull'osservazione che, ai sensi dell'art. 11, par. 6, del regolamento 1/2003³⁶, le Autorità garanti per la concorrenza sono private della propria competenza ove la Commissione avvii un procedimento sui medesimi fatti³⁷. Ora, secondo la Corte, « [o]gni volta che la Commissione priverà della sua competenza un'autorità nazionale garante della concorrenza quale l'*Építropi Antagonismou*, il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale »³⁸.

Non pare superfluo rammentare che la norma di cui all'art. 11, par. 6, regolamento 1/2003, disciplina essenzialmente due situazioni. L'una si verifica quando la Commissione sia la prima autorità ad avviare un procedimento volto all'adozione di una decisione prevista dal regolamento. In questo caso la competenza delle autorità garanti nazionali sui medesimi fatti è esclusa *ab origine*.

L'altra si ha quando la Commissione avvia un procedimento mentre è pendente un procedimento sui medesimi fatti innanzi ad un'autorità garante nazionale. In questa ipotesi — su cui si fonda l'argomento della Corte sopra riportato — l'autorità nazionale, che deve essere previamente consultata, perde la propria competenza ed il caso si considera avvocato dalla Commissione. La *ratio* è essenzialmente quella di bilanciare il decentramento delle competenze *anti-trust* con la coerente applicazione degli artt. 81 e 82 TCE, il cui controllo è affidato alla Commissione³⁹.

³⁶ Regolamento n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza previste agli artt. 81 e 82 del Trattato CE, in *GUCE* L 1, del 4 gennaio 2003, p. 1.

³⁷ Punto 34 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

³⁸ Punto 35 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

³⁹ Sul potere di avocazione della Commissione *ex art.* 11(6) del reg 1/2003, cfr. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto Antitrust europeo*, Milano, 2005, p. 333 ss.; V. GIGLIO, *Commento all'art. 11 del regolamento CE 1/2003*, in L. C. UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Milano 2004, p. 2116; G. L. TOSATO, *Il processo di modernizzazione*, in G. L. TOSATO, L. BELLODI (a cura di), *Il nuovo diritto della concorrenza*, Milano, 2004, p. 37; H. NYSENS, N. PECCHIOLO, *Il regolamento 1/2003 CE: verso una decentralizzazione ed una privatizzazione del diritto della concorrenza*, in questa *Rivista*, 2003, p. 365; L. IDOT, *Le Nouveau système communautaire de mise en oeuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application)*, in *Cahiers droit eur.*, 2003, pp. 330-331. In merito alle ipotesi in cui la Commissione può esercitare il potere in questione, si vedano, la Dichiarazione comune del Consiglio e della Commissione sul funzionamento della rete delle autorità garanti della concorrenza, reperibile sul sito web del Consiglio alla pagina <http://register.consilium.eu.int/pdf/it/02/st15/15435-a1i2.pdf>; nonché la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione

Si deve innanzitutto tenere presente che nel caso *a quo* non vi era stata alcuna avocazione da parte della Commissione. Pertanto, secondo la visione della Corte, la sussistenza del potere di avocazione in capo alla Commissione è indicativo del carattere non giurisdizionale delle autorità *antitrust*, indipendentemente dal fatto che tale potere venga o meno esercitato.

È possibile considerare l'argomentazione in oggetto, come il frutto di un parallelismo tra Commissione ed autorità garanti nazionali. Nel tentativo di esplicitare il sintetico ragionamento della Corte, pare potersi ricavare il seguente illogismo: *a*) la Commissione, nell'ordinamento comunitario, non ha natura di autorità giurisdizionale; *b*) le autorità *antitrust* nazionali sono l'omologo della Commissione, al punto che, nel caso di avvio di un procedimento parallelo ad opera della Commissione, sono private della propria competenza; *c*) ne consegue che, le autorità *antitrust* nazionali, al pari della Commissione, non hanno natura giurisdizionale.

È evidente che detta argomentazione, a differenza di quelle precedenti, che riguardavano soltanto l'*antitrust* greca, ha portata generale. Le considerazioni della Corte relative alle conseguenze di un'avocazione da parte della Commissione sono, infatti, valide per ogni autorità *antitrust* nazionale.

Si deve, inoltre, osservare che la Corte, pur essendo stata adita con decisione del gennaio 2003, fa riferimento al regolamento 1/2003, entrato in vigore il primo maggio del 2004. Tuttavia precisa che la disposizione evocata conferma nella sostanza l'art. 9, n. 3 del previgente regolamento 17/1962⁴⁰, come si evince dal diciassettesimo considerando del regolamento 1/2003.

In effetti, com'è pacifico in dottrina, si tratta essenzialmente della medesima norma⁴¹. Ma il fatto che la Corte si riferisca, in primo luogo, al regolamento 1/2003 non appare casuale, né privo di conseguenze. Pone, infatti, un ostacolo alla possibilità che in futuro sia chiesto un *revirement* della giurisprudenza in esame sulla base del nuovo sistema di applicazione decentrata della normativa comunitaria sulla concorrenza. I giudici di Lussemburgo, in concreto, sembrano voler dare al quesito pregiudiziale in esame, sollevato

nell'ambito della Rete delle autorità garanti della concorrenza dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE, in *GU* L del 4 gennaio 2003, punti 53-54.

⁴⁰ In *GUCE* L 13 del 21 febbraio 1962, p. 204.

⁴¹ Cfr. L. F. PACE, *I fondamenti del diritto Antitrust europeo*, cit., p. 335; G. L. TOSATO, *Il processo di modernizzazione*, cit., p. 37.

sotto il vigore del regolamento 17/1962, una soluzione valida anche alla luce del nuovo sistema istituito dal regolamento 1/2003⁴².

Ciò posto, nell'analisi che segue, appare opportuno affrontare tre questioni. Primo, si cercherà di vagliare la fondatezza dell'argomento in oggetto. Secondo, si dovrà stabilire in quale tra i requisiti della giurisdizione è possibile inquadrarlo. Terzo, si vaglierà la sua coerenza con la giurisprudenza precedente.

A) Relativamente alla prima questione, non pare superfluo rammentare che vi sono almeno tre modelli di autorità garanti negli Stati membri. Il primo è quello, monista, in cui i poteri di istruzione e decisione sono concentrati nelle mani di un'unica autorità amministrativa. È questo, ad esempio, il caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana e della Commissione per la concorrenza greca. Il secondo è quello, dualista, in cui due distinti organismi amministrativi sono competenti, l'uno a svolgere la fase istruttoria, e l'altro a decidere. È questo il modello adottato, ad esempio, nell'ordinamento francese ed in quello spagnolo. Il terzo è anch'esso dualista, ma si distingue dal precedente poiché, mentre l'organo che conduce l'attività istruttoria è un'autorità amministrativa, l'organo dotato della competenza a decidere appartiene al potere giudiziario. Rientrano in quest'ultima categoria i sistemi belga, danese, svedese e finlandese⁴³.

Ora, il regolamento 1/2003 tiene in considerazione la descritta

⁴² Un autorevole commentatore della sentenza in oggetto si spinge oltre. E sostiene, non senza accenti critici, che la pronuncia vada letta, nel contesto del nuovo sistema, come l'espressione della volontà della Corte di consacrare il ruolo della Commissione alla testa della rete delle autorità garanti della concorrenza, rifiutando di arbitrare, attraverso il rinvio pregiudiziale, gli eventuali conflitti tra Commissione e autorità garanti nazionali (L. Ibot, *Coopération entre les ANC et le juge communautaire*, in *Europe*, 2005, n. 7, p. 23).

Sebbene, come si dirà, l'argomento della Corte sia criticabile sotto diversi profili, tale lettura in chiave di politica giudiziaria non ci sembra del tutto condivisibile. La posizione di primazia della Commissione in seno alla rete delle autorità garanti non è, a nostro avviso, il frutto di una giurisprudenza creativa della Corte. Ma, piuttosto, una caratteristica dello stesso sistema del regolamento, nel quale, da un lato si rinuncia alla competenza esclusiva della Commissione, e dall'altro si conferisce a questa una posizione centrale nella rete delle autorità garanti al fine di garantire coerenza al sistema. Ne è un esempio significativo lo stesso potere di avocazione della Commissione.

Quanto al rifiuto della Corte di arbitrare dispute tra autorità garanti e Commissione, pur se fosse comprovato, non ci sembrerebbe altro che l'esatta applicazione dell'art. 234, il cui scopo non è quello di risolvere diatribe sorte tra la Commissione e le autorità amministrative indipendenti degli Stati membri, nell'ambito della co-amministrazione della politica di concorrenza.

⁴³ In questo senso, C. GAUER, *Does the Effectiveness of the EU Network of Competition Authorities Require a Certain Degree of Harmonisation of National Procedures and Sanctions?*, in C. D. EHLERMAN, I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2002: Constructing the EU Network of Competition Authorities*, Oxford/Portland Oregon, 2005, 187 ss. Un'analoga tripartizione è effettuata nella Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità garanti della concorrenza, cit., par. 2.

varietà dei modelli e la circostanza che, in alcuni Stati membri, il ruolo di autorità *antitrust* è svolto anche da organi appartenenti al potere giudiziario.

In particolare, l'art. 35, par. 1, dopo aver disposto in capo agli Stati membri l'obbligo di designare gli organismi responsabili dell'applicazione degli articoli 81 e 82, afferma espressamente che tra le autorità designate possono figurare le « giurisdizioni nazionali »⁴⁴.

Ebbene, a nostro avviso, la possibilità per gli Stati di indicare delle « giurisdizioni nazionali », come autorità preposte all'applicazione degli artt. 81 e 82, è di per se sufficiente ad inficiare il ragionamento che esclude in radice la natura giurisdizionale delle autorità *antitrust*, in virtù del potere di avocazione di quest'ultima.

Si potrebbe, tuttavia, obiettare che il potere di avocazione della Commissione si atteggia in modo diverso a seconda che l'autorità garante nazionale sia o meno una giurisdizione. In proposito, l'art. 35, par. 3, dispone che « le disposizioni di cui all'art. 11, paragrafo 6 [quelle concernenti l'avocazione], si applicano alle autorità designate dagli Stati membri, incluse le giurisdizioni », purché esse agiscano da Autorità garanti e non da istanze di ricorso. Ma, in base all'art. 35, par. 4 negli Stati membri in cui un'autorità amministrativa, responsabile della fase istruttoria, promuove un'azione davanti ad un'autorità giudiziaria separata, l'applicazione dell'articolo 11, paragrafo 6, è limitata all'autorità responsabile della fase istruttoria la quale, laddove la Commissione avvii un procedimento, revoca l'azione promossa davanti all'autorità giudiziaria. Tale revoca è tale da porre definitivamente fine al procedimento nazionale.

Si potrebbe dunque sostenere che il parallelismo con la Commissione valga soltanto per le autorità che, ai sensi dell'art. 35 reg. 1/2003, non sono « autorità giudiziarie ». Nei modelli dualisti in cui un'autorità giurisdizionale ha poteri decisori, l'avvio di un procedimento da parte della Commissione ha effetti immediati soltanto sull'autorità amministrativa incaricata della fase istruttoria. Per contro, gli effetti sull'autorità giudiziaria competente a decidere sono soltanto mediati.

Ma ad una siffatta obiezione si oppongono due ordini di ragioni. In primo luogo, la differenza tra un modello di avocazione « diretto » ed uno « mediato » è soltanto formale. Anche nel modello « mediato », infatti, la conseguenza sul piano sostanziale è la perdita della competenza dell'autorità giudiziaria nazionale in favore della Commissione.

⁴⁴ Cfr. in dottrina L. F. PACE, *I fondamenti del diritto Antitrust europeo*, cit., pp. 330-331.

In secondo luogo — ed è questa la ragione che maggiormente rileva — se anche ammettessimo un distinguo fondato sul differente atteggiarsi del potere di avocazione, ci troveremmo nuovamente nella necessità di definire il concetto di autorità giudiziaria. In buona sostanza, sarebbe come dire che le autorità garanti non hanno natura di giurisdizione *ex art.* 234 TCE, a meno che non siano « giurisdizioni nazionali » *ex art.* 35, reg. 1/2003. È evidente che una simile definizione sarebbe priva di fondamento logico ⁴⁵.

Qualunque sia la lettura che si vuole dare dell'argomento della Corte in relazione all'art. 35 reg. 1/2003, dunque, la circostanza che le Commissione e le Autorità garanti abbiano le medesime competenze e la sussistenza del potere di avocazione dell'una nei confronti delle altre, non sembrano segni univoci della natura non giurisdizionale di un'autorità garante.

B) Ferme restando le critiche ora esposte, appare opportuno passare alla seconda questione prospettata, concernente la valutazione dell'argomento della Corte alla luce dei requisiti che tradizionalmente compongono la nozione comunitaria di giurisdizione.

Innanzitutto ci si deve chiedere in quale dei detti requisiti l'argomento è inquadrabile. Dalla formulazione della motivazione ci pare si possa ricavare l'intenzione della Corte di ascriverlo al requisito della natura giurisdizionale della pronuncia che l'organo remittente deve adottare.

La Corte, in particolare, rammenta di potere essere adita da un organo chiamato a statuire nell'ambito di un procedimento desti-

⁴⁵ A meno di non voler sostenere che la nozione di giurisdizione *ex art.* 234 TCE è differente dalla nozione di giurisdizione *ex art.* 35, par. 1, del regolamento 1/2003. Si potrebbe in proposito affermare che, ai fini del regolamento in parola, quella di « autorità giudiziaria » non sia una nozione da definirsi unicamente alla luce del diritto comunitario, come la Corte costantemente afferma nella giurisprudenza *ex art.* 234 TCE, ma piuttosto, una questione di diritto nazionale. Il diverso atteggiarsi del potere di avocazione, in effetti, sembra studiato proprio per riconoscere alle autorità giurisdizionali degli Stati membri una competenza più « resistente » a possibili avocazioni comunitarie rispetto a quella delle autorità amministrative. Ciò in virtù della circostanza che negli ordinamenti costituzionali nazionali le competenze della giurisdizione, in virtù del principio di separazione dei poteri, non possono essere avocate per il tramite di un provvedimento amministrativo, a cui pare assimilabile una decisione della Commissione.

Ma una ricostruzione in « chiave nazionale » della nozione di giurisdizione ai sensi del regolamento 1/2003 comporta due conseguenze. In primo luogo, la circostanza che nello stesso ordinamento coesistano due diverse nozioni di giurisdizione, suscettibili di venire in contatto in casi come quello di specie, può dar luogo a discrasie. In secondo luogo, tale ricostruzione dimostrerebbe che non è inconcepibile utilizzare la divisione dei poteri vigente negli ordinamenti degli Stati membri per ricostruire una nozione di giurisdizione comunitaria. Ciò è suscettibile di aprire una crepa nell'assunto ricorrente — ed invero mai discusso — in base al quale la nozione di giurisdizione *ex art.* 234 TCE debba essere una questione *unicamente* di diritto comunitario.

nato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale ⁴⁶. Cita due sentenze nelle quali tale requisito è applicato ⁴⁷. Ed afferma che, ogni volta che la Commissione priverà della sua competenza un'autorità nazionale garante della concorrenza, « (...) il procedimento avviato dinanzi a quest'ultima autorità non si risolverà in una pronuncia di carattere giurisdizionale » ⁴⁸.

Il requisito in questione appare, già nella sua formulazione, un indice della mancanza di rigore che caratterizza la giurisprudenza della Corte sulla nozione di giurisdizione.

Come è stato efficacemente osservato, « affermare che è una giurisdizione quella che emana una decisione giurisdizionale equivale a non dire nulla » ⁴⁹. Non avendo un contenuto determinato, il requisito della natura giurisdizionale della pronuncia è suscettibile, in astratto, di aprire le porte, nel giudizio sulla competenza *ex art.* 234 TCE, alle più disparate considerazioni.

Ma, fino ad ora, tale pericolo era soltanto potenziale. La Corte aveva, infatti, utilizzato il criterio in esame in modo pressoché costante. Fin dalla sua prima applicazione, nell'ordinanza *Borker*, il criterio del carattere giurisdizionale della pronuncia era stato tradotto nella necessità della pendenza di una lite ⁵⁰. Secondo questa impostazione, in concreto, avrebbe carattere giurisdizionale un provvedimento che decide una controversia.

In base a tale interpretazione, la Corte ha rigettato, ad esempio: un rinvio sollevato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Parigi, chiamato ad emanare un parere relativo ad una controversia fra un avvocato iscritto all'ordine e i giudici di un'altro Stato membro ⁵¹; un rinvio del Tribunale di Milano nell'ambito di un procedimento su una domanda di omologazione dell'atto costitutivo di una società per l'iscrizione di quest'ultima nel relativo registro ⁵²; i rinvii pregiudiziali sollevati dalla Corte dei Conti italiana in sede di controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche (di cui all'art. 3, comma 4, della legge 14

⁴⁶ Punto 35 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

⁴⁷ Corte giust. 12 novembre 1998, causa C-134/97, *Victoria Film*, in *Racc.* p. I-7023, punto 14; 30 novembre 2000, causa C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, cit., punto 25.

⁴⁸ Punto 36 della sentenza *Syfait e a.*, cit.

⁴⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, cit., punto 39.

⁵⁰ Ordinanza 18 giugno 1980, causa 138/80, *Borker*, in *Racc.* pag. 1975, punto 4.

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² Corte giust. 19 ottobre 1995, causa C-111/94, *Job Centre*, cit., punto 9.

gennaio 1994, n. 20) ⁵³; i rinvii sollevati da giudici di primo grado austriaci nell'ambito di procedimenti non contenziosi ⁵⁴.

Si deve osservare che, anche in questa accezione, il requisito in esame non pare un sicuro criterio per discriminare, da un punto di vista organico, un'autorità giudiziaria da un soggetto di altra specie. La pendenza di una lite non permette, ad esempio, di distinguere con certezza una controversia di sicura natura giurisdizionale, in cui le parti, in contraddittorio, sostengono le rispettive posizioni, da un procedimento di natura amministrativa, in cui pure le parti rappresentano i propri interessi in contraddittorio, com'è il caso dei procedimenti *antitrust*.

Si può dunque dubitare dell'assioma in base al quale ha carattere giurisdizionale il provvedimento che risolve una lite. Sembrerebbe più convincente una definizione che considerasse le caratteristiche intrinseche e gli effetti dell'atto decisorio, come, ad esempio, la sua idoneità ad acquisire autorità di cosa giudicata ⁵⁵.

Ma l'impostazione della Corte, pur prestando il fianco a critiche, ha almeno il pregio della chiarezza. Essa conferisce ad un requisito indeterminato, come quello del carattere giurisdizionale della pronuncia, un contenuto certo.

La decisione della Corte nella sentenza *Syfait*, per contro, da un lato sembra spezzare la relazione tra il criterio del carattere giurisdizionale della pronuncia e la necessità della pendenza di una lite. Dall'altro, non offre degli elementi idonei alla ricostruzione di una nozione di « pronuncia di carattere giurisdizionale » dai contorni sufficientemente definiti.

Una simile impostazione, a nostro avviso, è suscettibile di aprire una crepa nel giudizio sulla nozione comunitaria di giurisdizione. Per il tramite del requisito in oggetto, di per sé indefinito, un giudizio dai contorni già poco chiari diviene ancor più flessibile e imprevedibile con evidenti ricadute negative sul piano della certezza del diritto e della uniformità delle soluzioni offerte.

C) D'altra parte, la natura empirica del giudizio sul carattere giurisdizionale di un'autorità remittente, ed il conseguente sacrificio del principio di certezza del diritto, possono essere immediatamente constatati se si considera il terzo profilo che ci eravamo proposti di

⁵³ Ordinanze 26 novembre 1999, causa C-192/98, *ANAS*, in *Racc.* pag. I-8583; 26 novembre 1999, causa C-440/98, *RAI*, in *Racc.* pag. I-8597.

⁵⁴ Corte giust. 14 giugno 2001, causa C-178/99, *Salzmann*, in *Racc.* p. I-4421; 15 gennaio 2002, causa C-182/00, *Lutz*, in *Racc.* p. I-547; ordinanza 22 gennaio 2002, causa C-447/00, *Holto*, in *Racc.* p. I-735.

⁵⁵ In questo senso, C. Nizzo, *La notion de juridiction au sens de l'article 177*, cit., p. 342.

affrontare. Quello della coerenza della sentenza in esame con la giurisprudenza precedente

Si è già detto della discontinuità della sentenza *Syfait* rispetto alla giurisprudenza relativa al requisito dell'indipendenza, invero piuttosto frastagliata. Non resta adesso che vagliare, alla luce dei precedenti giurisprudenziali, l'argomento qui in esame, fondato sul potere di avocazione della Commissione.

Viene in rilievo al riguardo la sentenza *Asociación, Española de Banca Privada*, originata da un rinvio del *Tribunal de Defensa de la Competencia* (Spagna)⁵⁶. Il soggetto remittente, a dispetto del nome, non apparteneva all'ordinamento giudiziario spagnolo, ma altri non era che la locale autorità garante della concorrenza.

In particolare, quello spagnolo è un sistema dualista, in cui ad un organismo amministrativo competente a svolgere le investigazioni e l'istruzione del caso (il *Servicio de Defensa de la Competencia*), è affiancato un altro organismo, dotato di poteri decisori (il citato *Tribunal de Defensa de la Competencia*)⁵⁷.

Quest'ultimo, organo remittente nella causa ora citata, ha anch'esso natura amministrativa. Segnatamente, mentre oggi assume la veste di *organismo autónomo*, dotato di una personalità giuridica indipendente⁵⁸, all'epoca della sentenza si trattava di un semplice servizio amministrativo del Ministero del Commercio.

Si deve dunque ritenere che il *Tribunal de Defensa de la Competencia* spagnolo, al pari della Commissione per la concorrenza greca, fosse soggetto, ai sensi dell'art. 9, n. 3, del regolamento 17/1962, al potere di avocazione della Commissione. Ed anche l'Avvocato generale Jacobs, nelle sue conclusioni alla causa *Syfait*, ricorda come l'autorità garante spagnola possedesse « molte delle caratteristiche della Commissione ellenica per la concorrenza »⁵⁹.

Non è chiaro dunque quale sia l'elemento di discriminazione tra il

⁵⁶ Corte giust. 16 luglio 1992, causa C-67/91, *Asociación, Española de Banca Privada*, cit.

⁵⁷ Cfr. C. P. PONS, *The experience of the Spanish competition authorities*, in A. PEREZ VAN KAPPEL (edited by), *Decentralised Application of EC Competition Law: National Experience and Reform*, Trier, 2001, p. 25 ss.

⁵⁸ Cfr. art. 1, *Real Decreto* 864/2003, con cui si approva lo Statuto del *Tribunal de Defensa de la Competencia*, reperibile sul sito web del *Tribunal de Defensa de la Competencia* alla pagina <http://www.tdcompetencia.es>, secondo il quale « [e]l Tribunal de Defensa de la Competencia, según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, es un organismo autónomo de los previstos en el artículo 43.1.a de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, autonomía de gestión y plena capacidad jurídica y de obrar, adscrito al Ministerio de Economía a través de la Secretaría de Estado de Economía ».

⁵⁹ Punto 40 delle conclusioni presentate nella causa *Syfait* e a., cit.

rinvio dell'*antitrust* spagnola, giudicato ricevibile, e quello dell'autorità greca, rigettato perché irricevibile.

Si potrebbe obiettare che nella sentenza relativa all'autorità garante spagnola, la Corte non ha affrontato il problema della natura giurisdizionale dell'autorità remittente. In effetti, tale sentenza appartiene a quel criticabile filone giurisprudenziale in cui la Corte risponde ad un'autorità remittente la cui natura giurisdizionale è dubbia senza motivare la ricevibilità del rinvio⁶⁰. Non si può tuttavia ritenere che la questione non fosse presente ai giudici di Lussemburgo, atteso che l'Avvocato generale — pur brevemente — si era occupato del problema della ricevibilità nelle sue conclusioni. In particolare, affermando che, stante l'indipendenza dei membri ed il rispetto del principio del contraddittorio, la natura giurisdizionale dell'autorità remittente fosse « indubitabile »⁶¹. Il silenzio della Corte, dunque, non può che essere interpretato come un tacito assenso alla posizione dell'Avvocato generale⁶².

Non si vuole certo sostenere che la Corte sia vincolata ai propri precedenti giurisprudenziali. Tuttavia, sorprende il fatto che, nella sentenza *Syfait*, il precedente *Asociación, Española de Banca Privada* non sia citato, neanche per smentire l'affinità dei due casi. Per contro, come si è visto, sono richiamati precedenti giurisprudenziali assai meno calzanti⁶³.

La detta circostanza, sembra rivelare un certo imbarazzo da parte della Corte. Ed inoltre contribuisce ad avvalorare l'idea che il giudizio circa la natura di un'autorità remittente sia improntato ad una flessibilità tale da rasentare l'arbitrio.

In ultimo è opportuno considerare le possibili conseguenze dell'approccio « caso per caso » della Corte. Si consideri l'ipotesi di un rinvio proposto da un'autorità amministrativa indipendente, con competenze diverse dall'autorità *antitrust*, ma avente, sul piano interno, il medesimo *status*. In assenza di poteri di avocazione della Commissione, previsti solo nei confronti delle autorità garanti della

⁶⁰ Cfr., tra le altre, Corte giust. 9 agosto 1994, causa C-447/93, *Dreessen*, in *Racc.* p. I-4087 ed 8 aprile 1992, causa C-166/91, *Bauer*, in *Racc.* p. I-2797, aventi ad oggetto questioni pregiudiziali deferite dal Consiglio nazionale belga dell'Ordine degli architetti di lingua francese; 1 aprile 1993, cause riunite C-260/91 e C-261/91, *Diversint e Iberlacta*, in *Racc.* p. I-1885), anteriore alla nota pronuncia *Gabalfrisa*, in cui la Corte risolve una questione pregiudiziale del *Tribunal Económico-Administrativo Central* spagnolo, senza vagliarne la natura giurisdizionale.

⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, presentate il 10 giugno 1992, nella causa, *Asociación, Española de Banca Privada*, cit., punto 12.

⁶² Cfr. in questo senso le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauero, 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit., punto 27.

⁶³ Cfr. quanto sopra detto a proposito della sentenza *Gabalfrisa*, cit.

concorrenza, non si può escludere a priori che un simile rinvio possa essere giudicato ricevibile. Viene così a determinarsi una paradossale situazione: le uniche autorità amministrative indipendenti alle quali è in radice precluso il rinvio pregiudiziale, sono quelle *anti-trust*. Le sole istituzionalmente deputate all'applicazione del diritto comunitario.

Ovviamente, per evitare un simile paradosso, la Corte potrebbe, volta per volta, trovare nuovi indici che dimostrino il carattere non giurisdizionale dell'autorità indipendente remittente — com'è avvenuto nel caso di specie con il potere di avocazione della Commissione — o fare un'applicazione mirata degli indici esistenti. Questi, a seconda delle esigenze, possono essere applicati in modo restrittivo (come il requisito dell'indipendenza nel caso di specie) o elastico (come lo stesso requisito nella causa *Gabalfrija*)⁶⁴. Ma un simile orientamento non è certo auspicabile. Costituirebbe, infatti, un'estremizzazione dell'approccio già eccessivamente empirico e flessibile adottato dalla Corte.

VI. Si è fin qui cercato di analizzare la motivazione della sentenza *Syfait* alla luce dei precedenti giurisprudenziali concernenti la nozione di autorità giurisdizionale *ex art. 234 TCE*.

Tale approccio — che è poi quello classico — sembra rivelare, ancora una volta, che la giurisprudenza in oggetto si fonda su parametri eccessivamente flessibili ed in alcuni casi indefiniti.

Il criterio dell'indipendenza, che assorbe il profilo della terzietà, come si è visto, non è chiaramente delineato. Ed anzi, la rassegna della giurisprudenza sopra effettuata rivela che questo è suscettibile di espandersi o ritrarsi a seconda delle circostanze.

Il criterio del carattere giurisdizionale della pronuncia, invece, sembra una mera petizione di principio. Ed in assenza di una definizione di « pronuncia di carattere giurisdizionale », si trasforma in un tramite attraverso il quale anche indici atipici, come quello relativo all'avocazione della Commissione nel caso in esame, possono entrare a far parte del giudizio sulla natura giurisdizionale di un'autorità remittente.

Considerazioni analogamente critiche, come si vedrà, possono svolgersi in relazione al criterio del contraddittorio, che, tuttavia, non è entrato in gioco nella sentenza *Syfait*.

Oltre al contenuto dei singoli indici in discorso, un ulteriore elemento di flessibilità pare provenire dal metodo attraverso il quale

⁶⁴ Cfr. *supra* par. IV.

questi sono applicati. Si possono porre al riguardo almeno due problemi. Primo, se i requisiti che compongono la nozione comunitaria di giurisdizione debbano ricorrere tutti cumulativamente o se l'assenza o tenuità di taluno di essi possa essere compensata dagli altri. Secondo, se costituiscano un elenco chiuso o un insieme di indicatori di massima, suscettibile di integrazioni e modifiche.

Relativamente al primo punto, riteniamo di potere abbracciare la tesi secondo la quale i diversi requisiti non debbano ricorrere cumulativamente. Questa pare adeguatamente suffragata dalla giurisprudenza sul requisito del contraddittorio.

La Corte ha, infatti, in più occasioni ritenuto ammissibili quesiti pregiudiziali originati da procedimenti nei quali tale requisito era del tutto assente, essendo il giudice chiamato a pronunciarsi *inaudita altera parte* ⁶⁵

Secondo una condivisibile opinione, la carenza del requisito del contraddittorio era compensata da un forte grado di indipendenza dell'organo. Si trattava, infatti, di autorità remittenti che, ai sensi del diritto nazionale, erano sicuramente inquadrate nel potere giudiziario ⁶⁶.

Ma tale compensazione avviene su basi incerte. Nelle giurisprudenza della Corte è possibile, ad esempio, reperire delle pronunce di ricevibilità, in casi in cui la tenuità del contraddittorio si coniuga con uno scarso grado di indipendenza dell'organo. La Corte ha, infatti, affermato la propria competenza a statuire anche su rinvii proposti da organi facenti parte dell'amministrazione, di fronte ai quali il rispetto del principio del contraddittorio era assai dubbio ⁶⁷. In un caso, anzi, lo stesso organo remittente, aveva affermato in una sua decisione di non intervenire nell'ambito di una

⁶⁵ Cfr. Corte giust. 14 dicembre 1971, causa 43/71, *Politi*, in *Racc.* p. 1039, originata da un rinvio del Presidente del Tribunale di Torino, in esito ad un procedimento speciale, da decidersi sulla base delle sole allegazioni del ricorrente; Corte giust. 21 febbraio 1974, causa 162/73, *Birra Dreher*, in *Racc.* p. 201, originata da un rinvio del Pretore di Roma, investito di un procedimento di ingiunzione, che, come è noto, assume carattere contraddittorio solo in un momento successivo alla condanna, in caso di opposizione al decreto ingiuntivo. Fra le sentenze originanti da procedimenti italiani di decreto ingiuntivo, *ex artt. 633 e ss. c.p.c.*, cfr. Corte giust. 28 giugno 1978, causa 70/77, *Simmenthal*, in *Racc.* p. 1453; 20 ottobre 1993, causa C-10/92, *Balocchi*, in *Racc.* p. I-5105; 17 maggio 1994, causa C-18/93, *Corsica Ferries Italia*, in *Racc.* p. I-1783. Si può in proposito osservare che l'assenza di una parte non è indifferente nella procedura di rinvio pregiudiziale. Determina, infatti, l'impossibilità di presentare osservazioni circa l'opportunità di un rinvio pregiudiziale e di incidere sulla redazione dei quesiti.

⁶⁶ In questo senso, conclusioni dell'Avvocato generale Saggio, 7 ottobre 1999, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfria e a.*, in *Racc.* p. I-1577, punto 14; conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, cit., punto 34.

⁶⁷ Corte giust. 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit.; 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfria e a.*, cit.

procedura in contraddittorio, precisando che le richieste delle parti erano da considerarsi come dei semplici inviti a prendere una posizione ⁶⁸. Per affermare la propria competenza anche in questi casi la Corte ha affermato che « il requisito del procedimento in contraddittorio non è un criterio assoluto » ⁶⁹.

Per quanto qui rileva, dunque, i requisiti che compongono la nozione di giurisdizione non devono essere soddisfatti cumulativamente. L'attività della Corte sembra diretta a soppesare l'organismo nel suo complesso, più che a vagliare la sussistenza in capo ad esso di ogni singolo requisito ⁷⁰. Tale impostazione contribuisce indubbiamente a creare un quadro di riferimento poco chiaro e, a volte, contraddittorio.

L'approccio in oggetto, improntato al massimo grado di discrezionalità, si riflette anche sulla seconda questione prospettata, relativa al carattere aperto o meno del novero dei requisiti che compongono la nozione di giurisdizione. Se, da un lato, l'assenza di alcuni di questi può non incidere sul carattere giurisdizionale dell'autorità remittente, dall'altro possono esserne individuati di nuovi. Ed infatti, almeno uno dei requisiti « tradizionali », quello dell'indipendenza, è venuto in rilievo in epoca di molto successiva alla sentenza capostipite *Vaassen-Göbbels* ⁷¹.

Il carattere aperto del test sembra percepito anche dagli Avvocati generali, i quali, in certi casi, ricorrono ad indici atipici. È questo il caso delle citate considerazioni dell'Avvocato generale Jacobs sulla « perizia giuridica » dei membri della Commissione per la concorrenza ⁷². O delle considerazioni svolte dall'Avvocato generale Tesauro nelle conclusioni alla causa *Dorsch Consult* sul regolamento di procedura dell'autorità remittente, che, essendo adottato autonomamente e non soggetto ad obbligo di pubblicazione, sarebbe contrario

⁶⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit., punto 29, nota 34.

⁶⁹ Corte giust. 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit., punto 30; Corte giust. 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa e a.*, cit., punto 37.

⁷⁰ In questo senso, M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale*, cit., p. 708, « la Corte attribuisce (...) rilevanza, a seconda dei casi, ad uno o più elementi, che le consentono, relativamente alla fattispecie al suo esame, di affermare o di negare il carattere giurisdizionale dell'organo di rinvio ».

⁷¹ Corte giust. 30 giugno 1966, causa 61/65, *Vaassen-Göbbels*, cit.. Il requisito dell'indipendenza, come si è accennato, è stato enunciato per la prima volta in Corte giust. 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, in *Racc.* p. I-277.

⁷² Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, 28 ottobre 2004, causa C-53/03, *Syfait e a.*, cit., punto 31.

alle garanzie di certezza e trasparenza che caratterizzano una giurisdizione ⁷³.

Orbene, le considerazioni predette non sembrano riconducibili con sicurezza a nessuno dei requisiti enunciati. A meno che non li si voglia inquadrare nel requisito, del tutto indeterminato, del carattere giurisdizionale della pronuncia, come è avvenuto nella sentenza *Syfait* per il potere di avocazione della Commissione. Ad esempio, con riferimento alle citate conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs, ben potrebbe sostenersi che non ha natura giurisdizionale una decisione emanata da un collegio composto solo in minima parte da giuristi. È tuttavia evidente che il descritto approccio apporta un ulteriore elemento di flessibilità ad un sistema già largamente discrezionale.

Alla luce di quanto si è detto finora, è forse improprio riferirsi al giudizio sulla natura giurisdizionale di un organo remittente, come ad un vero e proprio test giurisprudenziale. Non si tratta infatti di una procedura volta a verificare in modo sistematico la sussistenza, in capo all'autorità remittente, di un insieme di requisiti, definiti in modo chiaro. Si tratta, piuttosto, di una valutazione casistica, che avviene sulla base di indici definiti vagamente ed applicati in modo non sistematico ⁷⁴.

Come è stato esattamente affermato, l'approccio in oggetto in origine era probabilmente legato ad una considerazione di politica giudiziaria. Attraverso una giurisprudenza sulla nozione di giurisdizione elastica e tendenzialmente « inclusiva », la Corte ha incentivato il ricorso alla procedura di rinvio, ed indirettamente, ha promosso l'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri ⁷⁵. Oggi tale giustificazione sembra venuta meno. Ed anzi, nel contesto dei progressivi allargamenti, si pone l'opposto problema di alleggerire il carico di lavoro della Corte.

Inoltre — ed è quello che maggiormente rileva — un quadro giurisprudenziale così frastagliato e confuso, costituisce un evidente *vulnus* al principio di certezza del diritto ⁷⁶.

⁷³ Conclusioni dell'Avvocato generale Tesauero, 15 maggio 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit., punto 30.

⁷⁴ Tale ricostruzione è largamente condivisa in dottrina. Cfr., tra gli altri, G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale*, cit., p. 26; M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale*, cit., p. 708; C. NIZZO, *La notion de juridiction au sens de l'article 177*, cit., p. 337.

⁷⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, cit., punto 63.

⁷⁶ In questo senso, per tutti, H. TAGARAS, M. WAELBROECK, *Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du traité. Un étrange arrêt de la Cour de justice*, in *Cahiers droit eur.*,

Ciò posto, due sembrano le possibilità per porre rimedio alla situazione descritta. O un maggiore *restraint* nell'applicazione dei criteri giurisprudenziali enunciati, e la loro organizzazione in un test dai contorni definiti. O, in alternativa, un deciso cambio di rotta verso l'adozione di un nuovo criterio che non si presti ad applicazioni altrettanto flessibili.

La pronuncia *Syfait* può essere interpretata come un segno della volontà della Corte di percorrere la prima delle strade prospettate. Tuttavia, come si è visto, tale pronuncia, da un lato manifesta una tendenza restrittiva nell'interpretazione della nozione di giurisdizione, dall'altro in molti punti non appare persuasiva, ed anzi sembra confondere ulteriormente un quadro giurisprudenziale già poco chiaro.

In effetti, applicare i requisiti fin qui enunciati in modo restrittivo è un approccio assai più agevole che tentare di conferire ad essi un contenuto certo. Requisiti quali l'indipendenza, il contraddittorio o il carattere giurisdizionale della pronuncia hanno un contenuto che difficilmente si presta a definizioni precise. Inoltre, l'attività definitoria della Corte non è in tutto libera, poiché non può prescindere interamente dalla configurazione delle giurisdizioni negli ordinamenti nazionali.

In questa ottica, la Corte è chiamata a reperire una sorta di minimo comune denominatore, tale da conciliare due esigenze contrastanti. La prima è quella di non escludere dalla procedura di rinvio organismi, molto diversi tra loro, che ai sensi del diritto interno rientrano nel potere giudiziario ed esercitano un'attività giurisdizionale.

La seconda è quella di sbarrare la strada, se non in casi estremi, ad organismi amministrativi, al fine di non trasformare un dialogo tra giudici in un servizio di consulenza alle amministrazioni nazionali.

Un simile compito, già assai complesso, è reso ancor più difficile dai progressivi allargamenti della Comunità che implicano l'ingresso nell'ordinamento di giurisdizioni nazionali dalle caratteristiche sempre diverse.

Stanti le predette difficoltà, appare il caso di considerare un'ipotesi alternativa, consistente nell'individuazione di un criterio meno soggetto ad interpretazioni elastiche.

VII. Viene in rilievo, al riguardo, il criterio proposto dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle note conclusioni alla causa *De Coster* e non accolto dalla Corte. Non pare superfluo rammentare che in tali conclusioni l'Avvocato generale, a seguito di una serrata critica della giurisprudenza in oggetto, proponeva un test alternativo in base al quale dovrebbero essere inclusi nella nozione comunitaria di giurisdizione: *a)* tutti gli organi facenti parte dell'ordinamento giudiziario nazionale, nell'ambito di processi in cui debbano dirimere una controversia; *b)* quegli organi che, pur non facendo parte dell'ordinamento giudiziario, siano chiamati a dirimere controversie, prendendo decisioni non impugnabili in via giudiziale ⁷⁷.

Relativamente al primo punto, l'Avvocato generale fondatamente sottolineava come già nell'applicazione dei criteri attuali, la Corte abbia sempre ammesso la ricevibilità delle questioni provenienti da organi facenti parte dell'ordinamento giudiziario nazionale ⁷⁸.

Gli unici casi in cui la Corte ha dichiarato la propria incompetenza a decidere rinvii sollevati da autorità incardinate nell'ordinamento giudiziario nazionale, sono quelli, sopra citati, nei quali l'autorità remittente non era chiamata a risolvere una controversia ⁷⁹. In considerazione di tale giurisprudenza la dottrina esattamente afferma che la nozione comunitaria di giurisdizione si compone di un profilo organico e di un profilo funzionale ⁸⁰. Il profilo organico si sostanzia nel suo assetto statutario che deve rispondere agli indici più volte citati. Il profilo funzionale è rappresentato dalla circostanza che l'autorità remittente deve risolvere una lite.

Si deve in proposito osservare che il requisito funzionale viene conservato anche nel test proposto.

Nel primo punto di tale test, il requisito in parola conserva la

⁷⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, cit., punti 80-101.

⁷⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, cit., punto 85. Potrebbe argomentarsi in senso contrario solo in considerazione della sentenza *Corbiau*, (Corte giust. 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, cit.) nella quale la Corte ha ritenuto che il Direttore delle imposte dirette ed indirette del Granducato del Lussemburgo non avesse natura giurisdizionale, nonostante il diverso avviso del Consiglio di Stato del Lussemburgo. Tuttavia, la natura giurisdizionale di tale autorità non è pacifica neanche nella dottrina lussemburghese (conclusioni dell'Avvocato generale Darmon presentate il 16 febbraio 1993, nella causa C-24/92, *Corbiau*, in *Racc.*, p I-277, punti 36-39).

⁷⁹ Corte giust. 19 ottobre 1995, causa C-111/94, *Job Centre*, cit.; 14 giugno 2001, causa C-178/99, *Salzmann*, cit.; 15 gennaio 2002, causa C-182/00, *Lutz*, cit.; ordinanza 22 gennaio 2002, causa C-447/00, *Holto*, cit.; 27 aprile 2006, causa C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, non ancora pubblicata in *Racc.*

⁸⁰ Cfr. M. WAELBROEK, D. WAELBROEK, *Article 177*, cit., p. 219; M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale*, cit., pp. 77-78; G. RAITI, *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale*, cit., p. 20 ss.

funzione originaria di escludere dalla procedura di rinvio quei soggetti che, pur essendo istituzionalmente delle giurisdizioni, nel procedimento *a quo* svolgono attività non giurisdizionale. È questo il caso, sopra citato, dei procedimenti di volontaria giurisdizione nel diritto italiano.

Nel secondo punto, al contrario, tale requisito ha la funzione di garantire l'accesso alla procedura di rinvio a quelle autorità che, pur non essendo inquadrate nell'ordinamento giudiziario, decidono una controversia emettendo una pronuncia incontrovertibile.

Quest'ultimo è evidentemente un criterio « valvola », volto a far fronte a situazioni, invero eccezionali, nelle quali precludere un rinvio pregiudiziale costituirebbe un pericolo per l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Una simile preclusione, inoltre, priverebbe le parti di un mezzo di tutela giurisdizionale, seppure indiretto ⁸¹.

Per contro, nei casi in cui la risoluzione di una controversia è affidata ad un'autorità che esula dall'ordinamento giudiziario, le cui decisioni sono impugnabili, non si riscontrano simili pericoli. Il rinvio pregiudiziale sarà sempre proponibile in sede di impugnazione giudiziale.

Non pare superfluo rammentare che un siffatto criterio non è del tutto estraneo alla giurisprudenza della Corte.

Come è stato esattamente osservato, i giudici di Lussemburgo tendono a dichiarare ricevibili rinvii pregiudiziali provenienti da autorità che emettono pronunce non impugnabili, ed a respingere rinvii di soggetti i cui atti sono sottoposti a controllo giurisdizionale ⁸².

In alcuni sentenze tale considerazione figura nella motivazione addotta dalla Corte. Questa, ad esempio, ha negato la legittimazione ai collegi arbitrali, richiamando l'attenzione sulla circostanza che « se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, il giudice ordinario può esaminarle (...) nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di *exequatur*, o di

⁸¹ Sul ruolo del rinvio pregiudiziale come mezzo di tutela dei privati, cfr., per tutti, A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano 1997, p. 21 ss.; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, col. 13 ss.

⁸² In questo senso, S. CORONGIU, *Corte dei conti italiana e procedimento di rinvio ex art. 234 CE*, in questa *Rivista*, 2000, p. 690; M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale*, cit., p. 711.

qualsiasi altra impugnazione contemplata dalla normativa nazionale di cui trattasi »⁸³.

Più spesso, l'incontrovertibilità della decisione, pur non essendo espressamente considerata, sembra giocare un peso rilevante in ordine alla decisione sulla ricevibilità di rinvii pregiudiziali sollevati da soggetti la cui natura giurisdizionale appare fortemente in dubbio⁸⁴.

Si tratterebbe, dunque, di conferire espressamente portata decisiva ad un elemento già esistente, sia pure in nuce, nella giurisprudenza della Corte.

Si deve osservare che, secondo l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, per ammettere una questione pregiudiziale deferita da un organo non giurisdizionale si dovrebbero verificare, in modo rigoroso, la sua indipendenza ed il rispetto del principio del contraddittorio⁸⁵.

Non ci pare di poter condividere tale opinione. Consideriamo l'ipotesi — invero di scuola — che in uno Stato membro vi siano delle autorità non giurisdizionali che decidono in via definitiva una controversia e che godono di uno scarso grado di indipendenza o non rispettino il principio del contraddittorio. Ora, a nostro avviso, impedire a simili soggetti l'accesso alla procedura di rinvio pregiu-

⁸³ Corte giust. 23 marzo 1982, causa 102/81, *Nordsee*, in *Racc.*, p. 1095, punto 14. Cfr., inoltre, l'ordinanza 5 marzo 1986, causa 318/85, *Greis Unterweger*, in *Racc.* pag. 955, originata da un rinvio della italiana Commissione consultiva per le infrazioni valutarie, chiamata ad esprimere un parere preventivo su delle sanzioni irrogate dal Ministro del Tesoro. Ora, nella motivazione di tale ordinanza, uno degli indici della natura non giurisdizionale dell'organo remittente è ravvisato nella circostanza che « le sanzioni inflitte dal Ministro del tesoro previo parere della Commissione consultiva possono essere impuginate dall'interessato dinanzi al giudice ordinario » (punto 3).

Cfr., nello stesso senso, le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, 29 gennaio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, cit., nelle quali, dopo avere sostenuto la natura non giurisdizionale dell'autorità remittente per difetto del requisito della « terzietà », l'Avvocato generale afferma che l'accoglimento della soluzione proposta « non rischia in alcun modo di pregiudicare l'applicazione uniforme del diritto comunitario », posto che le decisioni dell'autorità remittente potevano essere impuginate dinanzi ad un giudice amministrativo la cui natura giurisdizionale non solleva dubbi (punto 33). Non appare casuale che, nella sua pronuncia, la Corte abbia riconosciuto il difetto del requisito dell'indipendenza, con una valutazione che, come si è detto, sembra più rigorosa rispetto alla giurisprudenza precedente, nella quale tale requisito appariva assai svalutato (Corte giust. 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, cit.).

⁸⁴ Si veda in proposito l'accurata ricostruzione della giurisprudenza di M. T. D'ALESSIO, N. PECCHIOLI, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale*, cit., p. 711 ss., secondo i quali sarebbero riconducibili a tale *ratio decidendi* le sentenze 30 giugno 1966, causa C-61/65, *Vaassen-Göbbels*, cit.; 6 ottobre 1981, causa 246/80, *Broekmeulen c. Huisarts Registratie Commissie*, in *Racc.* p. 2311; 17 ottobre 1989, causa 109/88, *Danfoss*, in *Racc.* p. 3199; 11 dicembre 1997, causa C-55/96, *Job Centre II*, in *Racc.*, p. I-7119; 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, cit.

⁸⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 28 giugno 2001, causa C-17/00, *De Coster*, cit., punto 89.

diziale aggiungerebbe una stortura ad una situazione già fortemente compromessa. Si determinerebbe infatti un ulteriore abbassamento del livello di protezione giurisdizionale in un sistema già palesemente in contrasto con i principi sanciti dall'art. 6 CEDU e dalla stessa giurisprudenza della Corte ⁸⁶.

A noi pare che in un caso del genere, stante la situazione di pericolo per l'uniforme applicazione del diritto comunitario, la circostanza che un'autorità siffatta decida in via definitiva una controversia, sarebbe da sola sufficiente a conferirle natura giurisdizionale. In breve, se nella prima fase del test descritto la nozione di giurisdizione si compone di un profilo organico e di un profilo funzionale, nella seconda parte l'unico profilo rilevante è quello funzionale.

Venendo ad una valutazione del test in esame, ne risultano subito evidenti i pregi sul piano della certezza del diritto. Il detto test si basa su indici formali facilmente accertabili, semplificando il giudizio della Corte che diverrebbe così prevedibile sia per i ricorrenti sia per le autorità nazionali. Ciò contrariamente al sistema attuale basato, in larga misura, su indici di tipo sostanziale, volti a ricercare un dato spesso inafferrabile: la natura intrinsecamente giurisdizionale di un'autorità remittente.

Non conosciamo le ragioni in base alle quali la Corte non ha accolto la descritta proposta. Possiamo supporre che abbia inciso la circostanza che la prima parte di tale criterio, rinviando agli ordinamenti giuridici nazionali, comporta una parziale « nazionalizzazione » della nozione di autorità giurisdizionale.

Non pare superfluo rammentare che l'unico punto fermo della giurisprudenza sulla nozione di giurisdizione sta nella sua natura comunitaria. Come è stato affermato in dottrina, se si facesse meramente riferimento alle nozioni nazionali di giurisdizione, si metterebbe in pericolo la ricerca dell'uniformità nell'interpretazione ed applicazione del diritto comunitario ⁸⁷.

Inoltre, è un principio giurisprudenziale pacifico quello secondo cui, « [s]alvo il caso di rinvio, espresso o implicito, al diritto nazio-

⁸⁶ Il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, di cui all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come è noto, è stato riconosciuto dalla Corte nella nota sentenza *Johnston* (15 maggio 1986, in causa 222/84, in *Racc.* p. 1651) e più volte riaffermato in giurisprudenza. Tale principio è oggi contenuto nell'art. 47 della Carta di Nizza. Cfr. M. D'AMICO, *Commento all'art. 47*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 319 ss.; L. FERRARI BRAVO, F. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001 p. 178 ss.

⁸⁷ Cfr. C. NIZZO, *La notion de juridiction au sens de l'article 177*, cit., p. 336; G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, cit., 1977, p. 274.

nale, le nozioni giuridiche usate dal diritto comunitario vanno interpretate ed applicate in modo uniforme nell'intera Comunità »⁸⁸.

Tuttavia, il criterio proposto, a nostro avviso, conserva una natura comunitaria e non comporta alcun rischio per l'uniforme applicazione del diritto comunitario. La seconda parte di tale criterio, infatti, garantisce l'accesso alla procedura di rinvio anche ad autorità che esulano dall'ordinamento giudiziario nazionale. Ma tale accesso non è indiscriminato. È, infatti, condizionato dalla natura incontrovertibile delle pronunce rese. La salvaguardia in oggetto impedisce che vi siano controversie relativamente alle quali è precluso un rinvio pregiudiziale. In questo modo è fatta salva l'uniforme applicazione del diritto comunitario, poiché una errata applicazione di tale diritto può sempre essere corretta in sede di impugnazione giudiziale. Ed il giudice dell'impugnazione avrà la facoltà, o, se di ultima istanza, l'obbligo di sollevare rinvio pregiudiziale.

Per contro, si potrebbe obiettare che l'adozione del test giurisprudenziale in oggetto possa determinare un pregiudizio al principio di economia procedurale. In una controversia decisa da autorità non comprese nell'ordinamento giudiziario nazionale, le cui pronunce siano impugnabili, un quesito pregiudiziale potrà porsi soltanto in sede di impugnazione della decisione resa. In questo modo la risoluzione delle questioni di diritto comunitario si sposta in avanti nel tempo, comportando un maggiore dispendio di mezzi processuali.

Ciò è senz'altro vero. Ma, a nostro avviso, l'economia procedurale non può costituire il criterio guida sul quale deve essere plasmata la nozione di giurisdizione nazionale *ex art. 234*. Tale ruolo spetta piuttosto al principio di uniforme applicazione del diritto comunitario, che si identifica con la *ratio* della procedura di rinvio.

In proposito si può osservare che l'impugnabilità o meno della decisione costituisce il discrimine tra il caso in cui è in pericolo l'uniforme applicazione del diritto comunitario, e quello in cui è in gioco l'economia procedurale. Il primo è un principio in nessun caso sacrificabile, poiché, come si è detto, costituisce l'essenza stessa del rinvio pregiudiziale ed il pilastro su cui posa l'effettività dell'ordinamento. Il secondo, per contro, è un principio che deve contemperarsi con il dato testuale dell'art. 234 TCE e con il principio di certezza del diritto. Dal riferimento letterale ai concetti di « giurisdizione » e di « sentenza », può evincersi la volontà degli autori dei Trattati di escludere le autorità amministrative dalla procedura di

⁸⁸ Corte giust. 1° febbraio 1972, causa 49/71, *Hagen*, in *Racc.* p. 23, punto 6.

rinvio. Il principio di certezza del diritto, inoltre, impone di conferire un contenuto univoco e prevedibile alla suddetta nozione di giurisdizione.

D'altra parte, se ritenessimo che in virtù del principio di economia procedurale si debba conferire all'art. 234 TCE un'interpretazione il più possibile estensiva, dovremmo ammettere la possibilità che qualunque autorità amministrativa nell'emanazione di un provvedimento possa sollevare dei quesiti pregiudiziali. In tal modo si risparmierebbero sicuramente dei mezzi processuali, ma la procedura di rinvio pregiudiziale, concepita come un dialogo tra giudici, verrebbe del tutto snaturata, trasformandosi in uno strumento di consulenza alle amministrazioni.

VIII. Alla luce di quanto si è detto ci pare che il test concepito dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer sia da preferirsi all'assetto giurisprudenziale attuale. In estrema sintesi, tale test appare aderente alla lettera del Trattato, risponde al principio di certezza del diritto e non mette a repentaglio l'uniforme applicazione del diritto comunitario. In considerazione di tali pregi, ci pare un sacrificio accettabile il temperamento del principio di economia dei mezzi processuali, che tale soluzione comporta nei rari casi in cui una controversia è risolta, con decisione impugnabile, da autorità non inquadrate nell'ordinamento giudiziario.

Un esempio della chiarezza di tale soluzione può trarsi proprio dal caso dell'*antitrust* greca. L'autorità in oggetto non fa parte dell'ordinamento giudiziario del suo Paese e risulta che le sue decisioni sono impugnabili di fronte alla Corte d'Appello di Atene. Pertanto, applicando il test qui descritto, il quesito pregiudiziale sarebbe irricevibile.

Come si vede, si tratta di una strada assai più lineare per pervenire al medesimo risultato raggiunto nel dispositivo della sentenza *Syfait*. La Corte, invece, nell'applicazione dei criteri tradizionali, ha addotto una motivazione che appare non persuasiva in sé, e difficilmente conciliabile con la giurisprudenza pregressa.

Ad analoghe conclusioni si dovrebbe pervenire relativamente alle altre Autorità garanti non inquadrate nell'ordinamento giudiziario degli Stati membri, tra cui quella italiana. Per contro, dovrebbero essere dichiarate ricevibili le domande pregiudiziali provenienti da quelle autorità garanti incardinate nel sistema giudiziario nazionale.

Si potrebbe obiettare che una simile soluzione costituisce un pregiudizio per l'uniformità del sistema poiché introduce una differenza di trattamento per le autorità garanti che fanno parte dell'or-

dinamento giudiziario. Ma si deve rammentare che il regolamento 1/2003 espressamente riconosce la facoltà agli Stati membri di attribuire competenze di autorità antitrust ad autorità giurisdizionali. Ora, a nostro avviso, nell'operare una simile scelta, rispettosa delle differenze istituzionali esistenti tra i sistemi *antitrust* degli Stati membri, gli autori del regolamento ne hanno implicitamente accettato le conseguenze. Tra queste, una facilmente prevedibile riguarda per l'appunto la legittimazione a sollevare rinvio pregiudiziale. D'altra parte, l'adozione di un sistema di competenze decentrate, in cui l'attuazione di una politica comunitaria è affidata in gran parte ad autorità nazionali, comporta necessariamente l'accettazione di talune differenze istituzionali tra un sistema e l'altro. Né ci sembra che si possa forzare la lettera del Trattato e riconoscere natura giurisdizionale ad autorità amministrative indipendenti solo al fine di evitare tali difformità.

Infine, si deve dar conto dell'autorevole opinione in base alla quale l'accrescimento delle competenze delle autorità nazionali determina la necessità che tutte le autorità coinvolte, qualunque sia la loro natura, abbiano la più larga possibilità di consultare la Corte per risolvere le difficoltà che esse incontrano nell'esercizio delle nuove competenze ⁸⁹.

Ora, a nostro avviso, non si può negare che un sistema di tutela della concorrenza decentrato comporti dei rischi relativi alla corretta ed uniforme applicazione del diritto comunitario. Ma la risposta ai predetti rischi è, in larga parte, da ricercarsi nei meccanismi istituiti dallo stesso regolamento 1/2003.

Come è noto, in tale sistema, la Commissione e le autorità garanti nazionali formano una rete che costituisce « un foro di discussione e di cooperazione in materia di applicazione e di vigilanza sul rispetto della politica comunitaria della concorrenza » ⁹⁰. Quando le autorità garanti aprono una procedura *ex artt. 81 o 82 TCE* sono obbligate ad informarne per iscritto la Commissione ⁹¹. Tali autorità sono, inoltre, obbligate ad informare la Commissione, « al più tardi 30 giorni prima dell'adozione di una decisione volta a ordinare la cessazione di un'infrazione, ad accettare impegni o a revocare l'applicazione di un regolamento di esenzione per catego-

⁸⁹ In questo senso H. TAGARAS, M. WAELBROECK, *Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du traité*, cit., p. 473.

⁹⁰ Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità garanti della concorrenza, cit., par. 1.

⁹¹ Art. 11, par. 3, regolamento 1/2003, cit.

ria »⁹². Inoltre, esse sono tenute a fornire alla Commissione « una presentazione del caso in questione, la decisione prevista o, in sua mancanza, qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta »⁹³. La Commissione, dal canto suo, può pretendere altri documenti necessari alla valutazione della pratica, in possesso dell'autorità nazionale che agisce.

Può accadere che, a seguito di tale circostanziata presentazione, la Commissione non sia persuasa della correttezza della decisione proposta. In questo caso, può cercare di convincere l'autorità nazionale a modificare le proprie conclusioni. Ove tale opera di persuasione non riuscisse, previa consultazione dell'autorità interessata, ha la facoltà di avocare il procedimento *ex art. 11*, par. 6.

Quest'ultimo è uno strumento assai efficace nelle mani della Commissione, la quale nella c.d. « Comunicazione sulla rete », si è impegnata ad usarlo in casi eccezionali⁹⁴. Tale impegno appare indicativo della fiducia che la Commissione ripone nella possibilità di appianare eventuali contrasti interpretativi in sede di consultazione nell'ambito della rete delle autorità garanti.

Non appare, infine, irrilevante la circostanza che, per espressa previsione del regolamento 1/2003, le autorità garanti degli Stati membri possono consultare la Commissione su qualsiasi caso che implichi l'applicazione del diritto comunitario⁹⁵.

Ovviamente, i meccanismi descritti, per quanto efficaci, non escludono in radice la possibilità che le autorità nazionali commettano degli errori nell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. D'altra parte, neanche nel sistema precedente, in cui le

⁹² Art 11, par. 4, regolamento 1/2003, cit.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ In base alla Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della Rete delle autorità garanti della concorrenza, cit., par. 54, « [d]opo la fase dell'attribuzione, la Commissione può in linea di principio applicare l'articolo 11, paragrafo 6 del Regolamento del Consiglio solo in una delle seguenti situazioni:

a) i membri della rete prevedono di adottare decisioni contrastanti sullo stesso caso;

b) i membri della rete prevedono di adottare una decisione palesemente in conflitto con la giurisprudenza consolidata. I principi enunciati dalla giurisprudenza degli organi giurisdizionali comunitari e nelle decisioni e nei regolamenti precedenti della Commissione dovrebbero servire da parametro di valutazione. In merito alla valutazione dei fatti (ad esempio, la definizione del mercato), la Commissione interverrà solo in caso di divergenze significative;

c) i membri della rete prolungano indebitamente il procedimento relativo al caso;

d) l'adozione di una decisione della Commissione è necessaria per sviluppare la politica comunitaria della concorrenza – in particolare quando il medesimo problema di concorrenza si presenti in vari Stati membri – ovvero per assicurare l'effettiva applicazione della politica comunitaria della concorrenza;

e) le autorità nazionali garanti della concorrenza non si oppongono ».

⁹⁵ Art. 11, par. 5, regolamento 1/2003, cit.

competenze *antitrust* erano in larga misura accentrate in capo alla Commissione, vi era la garanzia della corretta applicazione del diritto comunitario.

La soluzione al problema, sia nel sistema precedente, sia in quello attuale, è da ricercarsi nei mezzi di impugnazione giudiziale delle decisioni delle autorità coinvolte. In particolare, nel sistema precedente era possibile l'impugnazione *ex art. 230 TCE* delle decisioni della Commissione. Nel sistema attuale l'impugnazione avverrà di fronte alle autorità giudiziarie nazionali che avranno la facoltà, o, se di ultima istanza, l'obbligo, di sollevare rinvio pregiudiziale.

L'unica ragione che potrebbe condurci a riconoscere alle autorità amministrative garanti per la concorrenza la natura di giurisdizione *ex art. 234*, è legata all'economia procedurale⁹⁶. L'accesso diretto delle autorità garanti alla procedura di rinvio eviterebbe un successivo contenzioso incentrato sull'esatta applicazione del diritto comunitario.

Non è una ragione da sottovalutare, in un settore, come quello della concorrenza, in cui sono in gioco forti interessi economici. Tuttavia, non ci pare che sull'altare dell'economia procedurale, si possa sacrificare la lettera del Trattato, che fa riferimento al concetto di « giurisdizione », ed il principio di certezza del diritto, che impone di conferire a tale concetto un contenuto dai contorni definiti.

Come si è detto, se accettassimo la visione in base alla quale l'economia procedurale è il criterio guida nell'applicazione dell'*art. 234 TCE*, dovremmo concludere che qualunque autorità amministrativa nazionale, sia essa o meno indipendente, nell'applicazione del diritto comunitario è legittimata a sollevare rinvio pregiudiziale. Tale affermazione è evidentemente inaccettabile alla luce della funzione della procedura di rinvio, che è quella di instaurare un dialogo tra giudici.

⁹⁶ Cfr. in proposito H. TAGARAS, M. WAELBROECK, *Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234*, cit., p. 473, « (...) il se peut que l'opinion de la Commission sur une question donnée soit déjà connue, mais que l'autorité (ou la juridiction) nationale nourrisse des doutes quant à son bien-fondé. Pour des raisons évidentes d'économie procédurale, il est préférable qu' elle puisse avoir accès à la Cour afin d'éclaircir la question avant de devoir prendre sa décision ».

