
Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Validità ed efficacia del lodo, ordine pubblico e concorrenza

Articolo di **Lorenzo DELLI PRISCOLI¹**

Gli artt. 24 e 111 della Costituzione attribuiscono all'intero sistema giurisdizionale, e quindi anche nell'ipotesi in cui la giurisdizione sia esercitata attraverso un arbitrato, la funzione di assicurare la tutela, attraverso un giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi delle persone (sentenza n. 223 del 2013 della Corte costituzionale). Il rispetto del limite dell'ordine pubblico (che secondo Cass. 4 luglio 2013, n. 16755 fa riferimento a norme fondamentali e cogenti dettate a tutela di interessi generali) si propone pertanto proprio lo scopo di rendere effettiva questa tutela, in un ambito giurisdizionale particolarmente delicato, quello dell'arbitrato, ove è sempre latente il pericolo che le spinte verso una privatizzazione esasperata del giudizio arbitrale – provenienti soprattutto dalle suggestioni della esperienza statunitense - possano portare l'interprete ad arretrare eccessivamente lo spazio pubblicistico di controllo del rispetto dei principi indefettibili del contraddittorio (Cass. 10 luglio 2013, n. 17099) e dell'imparzialità (Cass. 10 ottobre 2012, n. 17287), che costituiscono appunto, secondo la Cassazione, i tipici principi inderogabili di ordine pubblico processuale che devono essere rispettati durante un giudizio arbitrale. E la presenza di un

¹ Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale; è nel Comitato scientifico della rivista *La Nuova Procedura Civile*.

interesse pubblico alla effettività della tutela giurisdizionale non sbiadisce neppure nel caso in cui le parti abbiano conferito agli arbitri il potere di decidere secondo equità (art. 822 c.p.c.), perché anche in quel caso il lodo può essere impugnato per la sua contrarietà all'ordine pubblico (art. 829 c.p.c.), e nel caso in cui si proponga un ricorso per il riconoscimento di un lodo straniero (art. 839 c.p.c.), perché, in maniera del tutto analoga al caso precedente, non può essere dichiarata l'efficacia del lodo qualora esso contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico². Non può infine non ricordarsi la regola contenuta nella prima norma del nostro codice di procedura civile dedicata all'arbitrato, quella cioè secondo cui le parti non possono affidare agli arbitri le controversie che abbiano ad oggetto diritti indisponibili (art. 806 c.p.c.)³. Tale norma, sicuramente riferita a diritti quali quelli strettamente riguardanti la persona umana (es. vita, onore, reputazione), non può non riferirsi altresì ad ipotesi in cui, accanto all'interesse – pur non riguardante la persona umana ma meramente patrimoniale – dei soggetti direttamente coinvolti nella controversia, vengano indirettamente coinvolte anche situazioni giuridiche di soggetti *estranei* alla controversia, che, per il loro numero e la loro importanza, determinano la lesione di un interesse pubblico e quindi giustificano l'indisponibilità del diritto tramite arbitrato.

Il riferimento è in particolare alla sfera giuridica dei soggetti che subiscono passivamente una condotta anticoncorrenziale senza prendervi parte, e quindi fondamentalmente ai consumatori, ma non solo, perché anche i concorrenti, potenziali o effettivi, possono essere danneggiati dalla condotta anticoncorrenziale.

Tutto ciò introduce il problema del se un mezzo di risoluzione privata delle controversie⁴ possa o meno proteggere l'interesse pubblico sotteso alle liti in tema di concorrenza⁵.

In effetti, la competenza degli arbitri a decidere circa la compatibilità di un contratto o di una sua parte col diritto *antitrust* è stata a lungo dibattuta. La giurisprudenza francese, tedesca, inglese e statunitense sembra essere oggi a favore dell'arbitrabilità⁶.

A mio avviso però, per la corretta soluzione del quesito, il problema va impostato tenendo presente che la violazione delle regole della concorrenza ha

² Cfr. art. 822 c.p.c., secondo cui *gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità*; art. 829 c.p.c., secondo cui *l'impugnazione per nullità del lodo è ammessa per contrarietà all'ordine pubblico*; 839 c.p.c., secondo cui *chi vuol far valere nella Repubblica un lodo straniero deve proporre ricorso al presidente della corte d'appello e questi, accertata la regolarità formale del lodo, dichiara con decreto l'efficacia del lodo straniero nella Repubblica, salvoché il lodo contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico*. Cfr. anche ELENA D'ALESSANDRO, *Processo arbitrale e diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2000, 1913; L. G. RADICATI DI BROZOLO, *Controllo del lodo internazionale e ordine pubblico*, in *Riv. arbitrato*, 2006, 637.

³ Cfr. art. 806, co. 1, c.p.c., secondo cui *Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili*,

⁴ Così ANTONINO BARLETTA, *La "disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 979; LUCIANA LAUDISA, *Gli arbitri e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 594; FRANCESCO P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arbitrato*, 2010, 247.

⁵ Cfr. ALFONSO PAPA MALATESTA, *Arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust*, in *Dir. fall.* 2000, 1013, secondo cui il diritto antitrust è caratterizzato da forti connotazioni pubblicistiche.

⁶ Cfr. LUCIANA LAUDISA, *Arbitrabilità della controversia internazionale*, *Riv. arbitrato*, 2007, 223; MATTEO TRECCANI, *In tema di arbitrato e diritto della concorrenza: lodo antitrust, ordine pubblico e motivi di revisione* in *Riv. dir. civ.*, 2008, 79.

un duplice effetto: da un lato danneggia la concorrenzialità del mercato, violando interessi pubblici per la tutela dei quali si attivano delle Autorità pubbliche (in Italia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato) le cui decisioni sono ricorribili davanti al giudice amministrativo e dall'altro crea un danno patrimoniale a singoli determinati soggetti che su quello stesso mercato agiscono, concorrenti (potenziali o effettivi) e consumatori, così determinando la violazione anche di interessi privati, provocando un danno patrimoniale suscettibile di essere risarcito davanti al giudice ordinario⁷.

Per fare un esempio relativo ai consumatori, nell'ipotesi in cui due imprese concorrenti (ad esempio produttrici di auto) decidessero di fissare i prezzi ad un livello particolarmente alto, in modo da conseguire quei sovrapprofitti di carattere monopolistico che invece una concorrenza sul prezzo inevitabilmente ridurrebbe drasticamente, la devoluzione ad arbitri delle controversie eventualmente sorte a seguito dell'intesa anticoncorrenziale determinerebbe inevitabilmente un rischio di elusione dell'intervento pubblico attraverso le autorità indipendenti deputate al controllo dell'efficienza del meccanismo concorrenziale sul mercato (in Italia l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con legge n. 287 del 10 ottobre 1990). L'accordo anticoncorrenziale infatti, determinando l'innalzamento dei prezzi relativi ai beni o servizi commercializzati dalle imprese, altera il naturale meccanismo di formazione dei prezzi e provoca altresì un danno ai consumatori, consistente nella differenza tra il prezzo pagato (ad es. dieci mila euro per una utilitaria) e quello che avrebbero pagato qualora non fosse stata posta in essere la condotta anticoncorrenziale (ad esempio nove mila euro: ossia dunque nell'esempio il danno è di mille euro⁸).

Volendo poi proporre un esempio relativo ai concorrenti, potenziali o effettivi, si può pensare ad un accordo anticoncorrenziale verticale (tra imprese cioè poste a livelli diversi della catena commerciale, in quanto uno dei partecipanti all'accordo è un produttore e l'altro è un distributore/negoziante), tra un'impresa produttrice di beni ad alta tecnologia (come i computer) – che come tale necessita di distributori altamente specializzati – e i distributori stessi, accordo consistente nel vincolare questi ultimi mediante accordi di distribuzione in

⁷ Cfr. GUIDO CANALE, *Legislazione antitrust e arbitrato: cenni di diritto comparato e comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1245, secondo cui "in Germania, Francia, Inghilterra, Stati Uniti, Unione Europea, si è assistito ad una progressiva e costante apertura da una iniziale posizione negativa sostanzialmente identica in ciascuno di tali Paesi, verso l'ammissibilità dell'arbitrato in tema di liti antitrust. In alcuni sistemi, come quello statunitense, questa apertura è ormai totale, in altri, come in quello tedesco, vi sono ancora significative cautele. L'iniziale idea secondo la quale il diritto antitrust non sarebbe arbitrabile per i valori collettivi e pubblici che tutela e per la conseguente natura indisponibile dei diritti che coinvolge, è via via venuta meno per lasciare posto alla considerazione che, quanto meno quando si tratta di questioni patrimoniali, esse possano essere devolute agli arbitri, sebbene prendano origine dal diritto antitrust". Analogamente cfr. STEFANO BASTIANON, *Arbitrato commerciale internazionale e diritto antitrust*, in L.F. Pace (a cura di), *Dizionario sistematico della concorrenza*, Jovene, 2013, 368; CARLO RASIA, *Il controllo del lodo in caso di violazione di norme di ordine pubblico europeo: la situazione in Francia*, 2012, 397; MARCO LAMANDINI, *Arbitrabilità e diritto antitrust*, in Aida (Annali italiani del diritto d'autore), 2006, 96.

⁸ Cass. 13 luglio 2005, n. 14716, secondo cui la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di risarcimento del danno prevista dall'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato - azione la cui cognizione è rimessa dallo stesso art. 33 alla competenza esclusiva della corte d'appello - spetta non solo agli imprenditori, ma anche agli altri soggetti del mercato che abbiano interesse alla conservazione del suo carattere competitivo e, quindi, anche al consumatore finale che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per effetto di una collusione tra gli imprenditori del settore, ancorché egli non sia partecipe del rapporto di concorrenza con gli autori della collusione.

esclusiva (es. contratti di franchising) che impediscano ai concorrenti effettivi di distribuire i loro prodotti e che scorraggino i concorrenti potenziali (ossia colui che abbia intenzione di iniziare a produrre computer) dall'entrare sul mercato, nella consapevolezza di non poter (agevolmente) distribuire i propri prodotti.

I due esempi hanno in comune la circostanza di rendere evidente come non possa considerarsi disponibile una situazione giuridica soggettiva, quale quella derivante da una intesa anticoncorrenziale, la quale, oltre a non ricevere tutela nel nostro ordinamento perché contraria a norme imperative aventi il rango di principi di ordine pubblico economico quali sono le norme antitrust, provoca altresì la lesione di un interesse pubblico, quello alla correttezza del meccanismo concorrenziale nel mercato.

Ma i due esempi hanno in comune anche la capacità di evidenziare la diversità della situazione per quanto riguarda i danni lamentati dai consumatori nel primo esempio e dai concorrenti estranei all'accordo anticoncorrenziale nel secondo esempio⁹. In questi casi infatti vengono in rilievo delle norme in tema di concorrenza che, pur essendo espressione di principi di ordine pubblico, provocano la lesione di interessi privati, suscettibili come tali di essere giudicati da arbitri¹⁰, i quali però naturalmente nel loro giudizio dovranno rispettare tali principi di ordine pubblico. Vi sono infatti delle norme imperative e dei principi di ordine pubblico che, essendo posti a tutela del singolo, danno luogo a diritti disponibili e quindi suscettibili di arbitrato.

Le norme a tutela della concorrenza hanno quindi una duplice valenza¹¹, nel senso che la loro corretta applicazione tutela contemporaneamente sia il singolo

⁹ Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2207, secondo cui la legge "antitrust" 10 ottobre 1990, n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il cosiddetto contratto "a valle" costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti. Pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c.c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione "a monte", ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 della legge n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello. (Nella specie, dopo l'irrogazione da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato a numerose compagnie di assicurazione di una sanzione per la partecipazione a un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore finale aveva convenuto in giudizio, dinanzi al giudice di pace, la propria compagnia di assicurazioni, chiedendo il rimborso di una parte - il 20% - del premio corrisposto per una polizza di Rc-auto, assumendo che l'ammontare del premio era stato abusivamente influenzato dalla partecipazione dell'impresa assicuratrice all'intesa vietata).

¹⁰ GIOVANNI GUGLIEMMETTI, *Arbitrato e diritti titolati*, Aida (Annali italiani del diritto d'autore), 2006, 10, secondo cui la norma inderogabile può mettere capo anche a diritti disponibili; ALFONSO PAPA MALATESTA, *Arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust*, *Dir. fall.* 2000, 1021, secondo cui non è corretta l'assimilazione del concetto dell'indisponibilità dei diritti al concetto di ordine pubblico.

¹¹ Cass. 13 febbraio 2009, n. 3640, secondo cui *l'accertamento delle intese restrittive della libertà di concorrenza, ex art. 2 della legge n. 287 del 1990, è attribuito - anche alla luce del ruolo assegnato alla tutela privata dal Regolamento CE n. 1/2003 del 16 dicembre 2002 - sia all'Autorità*

rapporto intercorrente tra soggetti determinati sia il corretto funzionamento del mercato (da intendersi come il luogo di incontro, non necessariamente fisico, tra consumatori e professionisti, ossia luogo di incontro della domanda e dell'offerta). Solo le norme che hanno quest'ultima valenza non possono essere oggetto di giudizio arbitrale, in quanto non sono suscettibili di attribuire diritti disponibili. Viceversa, anche se tutte le regole della concorrenza sono di ordine pubblico¹², non tutte attengono a diritti indisponibili: esistono cioè delle norme

Garante per la Concorrenza ed il Mercato, al fine di prevenire l'effetto distorsivo del fenomeno di mercato, sia al giudice, al fine di dirimere controversie, istaurate in presenza di un pregiudizio od almeno in vista di esso; conseguentemente, nel giudizio instaurato, ai sensi dell'art. 33, comma 2, della legge n. 287 del 1990, innanzi alla corte di appello deve essere allegata un'intesa, di cui si chieda la dichiarazione di nullità, ed altresì il suo effetto pregiudizievole, che rappresenta l'interesse ad agire per il risarcimento.

La Corte costituzionale ha dapprima affermato che la «libertà di concorrenza» costituisce manifestazione della libertà d'iniziativa economica privata, che, ai sensi del secondo e del terzo comma di tale disposizione, è suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di «utilità sociale» e da «fini sociali» (sentenze n. 46 del 1963 e n. 97 del 1969). In seguito, è stata offerta una nozione più ampia della garanzia della libertà di concorrenza ed è stato osservato, in primo luogo, che essa ha «una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi» (sentenza n. 223 del 1982); in secondo luogo, che la concorrenza costituisce un «valore basilare della libertà di iniziativa economica [...] funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori» (sentenza n. 241 del 1990). La Corte costituzionale ha ormai dunque adottato un'interpretazione estensiva della «tutela della concorrenza» di cui all'art. 117 Cost., co. 2, lett. e). Secondo la Corte costituzionale infatti la nozione costituzionale di concorrenza comprenderebbe non solo la concorrenza intesa come legislazione *antitrust* ma anche le misure legislative dirette ad eliminare barriere all'entrata su di un mercato. La concorrenza è vista dunque, nell'ottica della Corte costituzionale in maniera ampia, come l'insieme di tutte le leve economiche, anche fiscali, a disposizione degli Stati. Secondo la Corte costituzionale infatti (sentenza n. 430 del 2007), l'espressione «tutela della concorrenza», utilizzata dal legislatore costituzionale all'art. 117, co. 2, lettera e), coerentemente con quella operante nel sistema giuridico comunitario, comprende, tra l'altro, interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali: le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche¹². In tale maniera, vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (sentenza n. 401 del 2007). Si tratta, in altri termini, dell'aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che è una delle leve della politica economica del Paese (sentenze nn. 80 del 2006; 242 e 175 del 2005; 272 del 2004). Secondo poi la sentenza n. 401 del 2007 la nozione comunitaria di concorrenza, che si riflette su quella di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., è definita come concorrenza "per" il mercato, la quale impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori comunitari e costituzionali sopra indicati. Ciò ovviamente non significa che nello stesso settore degli appalti, soprattutto relativi ai servizi a rete, non sussistano concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (cfr. considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE). La Corte si è assunta dunque il ruolo di supplente del legislatore costituzionale del 2001, il quale, nell'ansia di voler rimanere coerente con la *ratio* della modifica consistente nell'attribuire un più ampio spazio per legiferare alle Regioni, ha stabilito una ripartizione rigida di competenze tra quest'ultime e lo Stato, senza prevedere una clausola generale di chiusura del sistema che tenesse conto dell'interesse nazionale, simile al vecchio art. 117, comma 1, della Costituzione, secondo cui la Regione può emanare norme legislative in alcune materie sempreché

che, pur essendo imperative e espressione di principi di ordine pubblico, costituiscono diritti disponibili suscettibili di essere giudicati da arbitri, i quali però dovranno rispettare tali principi di ordine pubblico.

Pertanto saranno suscettibili di arbitrato le controversie in tema di concorrenza disciplinate dal codice civile (in particolare artt. 2557 c.c. – divieto di concorrenza in capo a colui che ceda l'azienda¹³ – 2596 c.c. – patto di non concorrenza¹⁴ – e art. 2598 c.c. – divieto di concorrenza sleale), nonché quelle che, pur avendo come origine la violazione di una norma antitrust, abbiano ad oggetto il relativo risarcimento del danno¹⁵; non potranno invece essere suscettibili di arbitrato le intese anticoncorrenziali (ad esempio una impresa si lamenta che l'altra non ha rispettato l'accordo con il quale si ripartiva il mercato dell'auto¹⁶). Si badi bene però che molte delle condotte antitrust si

le norme stesse non siano in *contrasto con l'interesse nazionale*.

¹² Cfr. in questo senso LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario, e regole di procedura nazionali*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 665; CARMINE PUNZI, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Riv. arbitrato*, 2000, 235; ALDO FRIGNANI, *Il futuro della proprietà industriale: l'arbitrato*, *Dir. ind.*, 2011, 160-161. Cfr. anche Corte di Giustizia CE 1° giugno 1999, causa C-126-97, punto 36, in *Dir. ind.*, 2000, 52, con nota adesiva di MICHELE FERRANTE, *Validità del lodo e inderogabilità delle norme antitrust*, secondo cui l'art. 81 CE (ora 101 del Trattato sull'Unione europea) costituisce una disposizione fondamentale, tanto che al co. 2 è previsto che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto. Ne consegue che, nei limiti in cui un giudice debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione dell'art. 81, co. 1 CE.

¹³ Cass. 16 aprile 2008, n. 10062, secondo cui in tema di cessione d'azienda, il divieto di concorrenza, posto a carico dell'alienante dall'art. 2557, primo comma, c.c., non persegue un interesse pubblico, trattandosi di una norma di natura dispositiva; Cass. 17 settembre 1997 n. 9251, secondo cui il contratto di cessione di azienda oltre a produrre il trasferimento di questa comporta anche per il cedente l'assunzione dell'ulteriore obbligazione di non tenere in concreto comportamenti che vanifichino la ragione pratica della operata cessione, la cui durata va oltre il momento del trasferimento protrandosi per il tempo previsto dall'art. 2557 cod. civ. L'illecito consistente nella violazione di tale obbligo ha natura contrattuale, attiene alla causa del contratto e quindi al suo esatto adempimento, ed incide su diritti di natura dispositiva e transigibile, onde la controversia relativa alla suddetta violazione ben può essere deferita ad arbitri.

¹⁴ Cass. 21 agosto 1996, n. 7733, in *Riv. dir. ind.*, 1997, II, 147, con nota di ANNA MARIA TONI, *La sorte delle intese concluse prima dell'entrata in vigore della L. 287/90 e l'arbitrabilità degli accordi aventi ad oggetto la disciplina della concorrenza*, secondo cui la qualificazione come disponibili o non disponibili, ai fini della compromettibilità in arbitri rituali delle relative controversie, dei diritti incisi da un accordo concluso da due imprese per disciplinare la reciproca concorrenza, va valutata alla luce dell'art. 2596 c.c. (patto di non concorrenza), il quale, nel porre limiti alla libertà di iniziativa economica sotto il profilo della disciplina delle autolimitazione negoziale della concorrenza, non deroga al principio che la libertà di iniziativa economica privata garantita dall'art. 41, primo comma, Cost. attiene a materia disponibile, in quanto espressione della libertà di scelta e di svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale; GIOVANNI GUGLIELMETTI, AIDA, 2006, cit., 14, il quale sottolinea la circostanza che la libertà di iniziativa economica privata garantita dalla Costituzione, comprensiva anche della libertà di concorrenza tra imprese, attiene a materia sicuramente "disponibile", posto che essa è espressione della libertà di scelta e di svolgimento delle attività economiche riconosciuta al soggetto privato in quanto tale.

¹⁵ Cfr. ALFONSO PAPA MALATESTA, *Arbitrabilità delle controversie in materia di antitrust*, in *Dir. fall.* 2000, 1012, secondo cui sono controversie in materie di antitrust, fra le altre, quelle relative alle richieste di risarcimento dei danni causati da comportamenti contrari alle norme antitrust sostanziali.

¹⁶ Non può infatti non proporsi un parallelismo tra l'ipotesi in questione (ossia la non arbitrabilità degli accordi posti in violazione della norma antitrust) con accordi altrettanto illeciti per violazione di norme imperative poste parimenti a difesa di interessi pubblici: cfr. Cass., 18 settembre 2013, n.

sovrappongono a quelle aventi ad oggetto gli artt. 2557, 2596 e 2598 c.c.¹⁷, ma la differenza sta nell'ampiezza degli effetti anticoncorrenziali: se essi sono tali da

21938, secondo cui *allorché un contratto sia nullo per illiceità della causa, e perciò improduttivo di qualsiasi effetto, non è configurabile un inadempimento imputabile in relazione alla mancata esecuzione degli obblighi da esso nascenti. Pertanto, il contratto di permuta di cosa presente (la proprietà di un terreno) contro cosa futura (la proprietà di alcuni edifici da costruire sul terreno medesimo), quando ha come causa l'utilizzazione a fini edificatori di un terreno costiero, compreso nella fascia di 300 metri dalla linea di battigia, per la quale la legge di tutela delle zone di particolare interesse ambientale (legge 8 agosto 1985, n. 431, di conversione del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312) vieta tale utilizzazione, è nullo, ai sensi degli artt. 1343 e 1418, secondo comma, c.c., perché ha una causa illecita, determinando una inaccettabile compressione dell'interesse, pubblico ed essenziale, assicurato dalle norme imperative in materia urbanistico-ambientale. L'illiceità giuridica della causa è data propriamente dal fatto che la determinazione di chi compie quel negozio è rivolta, nel suo contenuto intrinseco, a un risultato pratico oggettivamente contrario alle norme contemplate dal legislatore statale, le quali definiscono posizioni e tutelano interessi generali fondamentali non disponibili dai privati; analogamente cfr. Cass., 19 settembre 2013, n. 21475, secondo cui il contratto di appalto per la costruzione di un'opera che comporti l'abusiva occupazione di spazio demaniale è nullo, ai sensi degli artt. 1346 e 1418 cod. civ., avendo un oggetto illecito per violazione di norme imperative del codice della navigazione, sicché, non producendo "ab origine" gli effetti suoi propri, né essendo suscettibile di convalida ai sensi dell'art. 1423 cod. civ., l'appaltatore non può pretendere il pagamento del corrispettivo pattuito, né dell'indennizzo ex art. 1671 cod. civ., irrilevante rivelandosi, altresì, l'ignoranza di tale abusiva occupazione; Cass. 7 febbraio 2008, n. 2860, secondo cui il contratto stipulato per effetto diretto della consumazione di un reato (nella specie, circonvenzione d'incapace, punito dall'art. 643 cod. pen.) deve essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. per contrasto con norma imperativa, giacché va ravvisata una violazione di disposizioni di ordine pubblico in ragione delle esigenze di interesse collettivo sottese alla tutela penale, trascendenti quelle di mera salvaguardia patrimoniale dei singoli contraenti perseguite dalla disciplina sulla annullabilità dei contratti.*

¹⁷ Secondo un'opinione (M. SCUFFI, in M. TAVASSI, M. SCUFFI, *Diritto processuale antitrust*, Milano, 1998, I, 3; G. NAPOLETANO, *Diritto della concorrenza*, Roma, 1996, 15; P. GIUDICI, *Art. 4, in Concorrenza e mercato* a cura di V. Afferni, Padova, 1994, 155), l'art. 2 della l. 287/90 comporta una fortissima limitazione del campo di applicazione della norma codicistica, che rimane applicabile solo agli accordi di limitazione della concorrenza che sfuggono all'applicazione della norma. Secondo un autore poi (cfr. R. GANDIN, *Somministrazione con esclusiva e art. 2596 c.c., con alcune considerazioni sulla configurabilità dell'inadempimento contrattuale come atto di concorrenza sleale*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 932), la legge *antitrust* avrebbe implicitamente abrogato l'art. 2596 c.c., in quanto "...allo stato, mancano indici che consentano, con sufficiente precisione, di distinguere tra intese minori e intese che minori non sono.... Sembra allora legittimo domandarsi se non sia preferibile una posizione più radicale. Infatti la legge n. 287/90, se anche non potesse dirsi una nuova regolamentazione della materia, evidenzia comunque una fortissima incompatibilità con l'art. 2596 c.c. Vi sarebbe così spazio per il richiamo all'art. 15 delle preleggi, che consentirebbe di espungere dal nostro ordinamento una norma che ha dato cattiva prova di sé"., la normativa *antitrust* - e in particolare la disposizione dell'art. 2, co. 3, della legge n. 287/90, secondo cui "le intese vietate sono nulle ad ogni effetto" - poiché successiva rispetto all'art. 2596 c.c. e posta a regolare la stessa materia, avrebbe fortemente ridotto se non implicitamente abrogato la norma codicistica in questione. Inoltre, poiché la legge *antitrust* dichiara la nullità delle intese anticoncorrenziali mentre l'art. 2596 c.c. le considera lecite purché esse rispondano a determinati requisiti, si porrebbe tra le due discipline quel rapporto di incompatibilità che l'art. 15 delle preleggi ritiene sufficiente perché si possa avere una abrogazione implicita di una disposizione normativa: ad una disciplina con un atteggiamento "tollerante" nei confronti delle restrizioni della concorrenza, se ne sarebbe sostituita un'altra che le considera comunque illecite ed irrimediabilmente nulle. Secondo un'altra tesi, invece, l'art. 2596 c.c. avrebbe mantenuto una sua più che significativa sfera di applicazione, in quanto, se è vero che l'art. 2, co. 3, l. 287/90, ha in effetti privato in molti casi di funzione pratica la norma del codice civile, è anche vero che residuano molti casi in cui l'art. 2596 c.c. conserva la sua efficacia: si pensi agli accordi - che sono statisticamente nettamente i più numerosi - che non abbiano rilevanza sull'intero territorio italiano o comunitario o in una sua parte rilevante. Deve ritenersi che quest'ultima tesi sia maggiormente condivisibile e occorre

ledere il meccanismo anticoncorrenziale, scuotere interessi pubblici, coinvolgere una quantità sufficientemente ampia di persone, alterare la concorrenza su una porzione significativamente ampia di territorio, allora e solo allora potrà parlarsi di condotte lesive di norme antitrust non suscettibili di arbitrato (e dunque il relativo lodo non sarà valido ed efficace). Viceversa, vi sono delle condotte che, pur astrattamente anticoncorrenziali (si pensi all'intesa fra gli unici due barbieri di un piccolo paese per tenere alto il prezzo del taglio dei capelli, per citare un esempio proposto da Cass. sez. unite 4 febbraio 2005, n. 2207, che per prima ha riconosciuto la risarcibilità al consumatore del danno da condotta antitrust) non costituiscono condotte lesive della legge antitrust perché non sono in grado di alterare il meccanismo concorrenziale in una parte significativa del territorio nazionale.

Deve osservarsi tuttavia che non può tracciarsi una perfetta equazione: violazione della legge antitrust uguale lesione di interessi pubblici uguale diritti indisponibili uguale impossibilità di devolvere agli arbitri la controversia, come pure non convincerebbe l'equazione contrapposta, ossia violazione delle norme in tema di concorrenza del codice civile uguale lesione di interessi privati uguale diritti disponibili uguale possibilità di devolvere agli arbitri la controversia.

Infatti, quanto alla prima "equazione" non tutte le condotte lesive della legge antitrust (la legge n. 287 del 1990) danno luogo a diritti indisponibili, perché

aggiungere, a favore di essa, che le due discipline in questione agiscono tendenzialmente su piani diversi, in quanto si muovono da prospettive distinte. Infatti, l'art. 2596 c.c. si preoccupa di salvaguardare la libertà individuale dell'impresa e di disciplinare rapporti tra singoli determinati imprenditori, mentre la disciplina *antitrust* regola il funzionamento del mercato in generale, ed è posta a tutela di un numero indeterminato di concorrenti (anche solo potenziali) e di consumatori. Può accadere pertanto che un patto restrittivo della concorrenza sia considerato valido dall'art. 2596 c.c. e invece invalido dalla disciplina a tutela della concorrenza e del mercato, o viceversa. Non può pertanto sostenersi che l'art. 2596 c.c. e la legge *antitrust* regolino la stessa materia, né che costituiscano una disciplina incompatibile, che anzi danno unitariamente vita a un complesso di norme coerente, diretto a disciplinare la materia della concorrenza nel suo insieme. Occorre altresì sottolinearsi che l'art. 2596 c.c. ben può essere invocato nel caso di accordi che abbiano effetto sull'intero territorio nazionale o in una sua parte rilevante. Infatti, l'art. 2596 c.c. disciplina anche gli accordi aventi astrattamente rilevanza per la legge *antitrust* anche se la valutazione effettuata dall'Autorità garante della concorrenza attiene esclusivamente al profilo della compatibilità dell'intesa con l'efficienza concorrenziale del mercato, mentre quella effettuata dall'art. 2596 c.c. ha riguardo alla salvaguardia della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore. In altre parole diversi sono gli interessi tutelati dalle due discipline: da un lato l'efficienza del mercato in generale; dall'altro la salvaguardia di uno spazio minimo di iniziativa economica per il singolo imprenditore, a prescindere da eventuali danni per l'accordo potrebbe arrecare a consumatori e potenziali concorrenti. L'impostazione, sinora descritta, del rapporto tra l'art. 2596 c.c. e la disciplina *antitrust*, sembra essere accolta anche dalla Corte Costituzionale, che in un'occasione ha avuto modo - prima dell'entrata in vigore della l. n. 287/90 - di dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2596 c.c., nella parte in cui non prevede la nullità del patto di non concorrenza ove questo abbia per effetto o per oggetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato italiano, in riferimento all'art. 41, co. 2, Cost., e al principio in essa contenuto secondo cui l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. Ciò in quanto la Corte Costituzionale ha ritenuto che la libertà di concorrenza comprende anche la possibilità di autolimitazione della propria iniziativa economica mediante accordi. Così da una parte la Corte ha auspicato che il legislatore agisse in materia (invito che sarà poi appunto raccolto dalla legge n. 287/1990, a tutela della concorrenza e del mercato) e dall'altra ha correttamente preso in considerazione la compatibilità dell'art. 2596 c.c. con l'art. 41 Cost. soltanto nell'ottica del contratto individualmente considerato, sotto il profilo dell'individuazione dei limiti di tollerabilità per il singolo imprenditore delle limitazioni convenzionali della concorrenza, stabilendo che tali accordi, nei limiti posti dall'ordinamento, sono da considerarsi, in linea di principio, leciti.

abbiamo visto che il danno da condotta antitrust (risarcibile ai sensi del combinato disposto degli artt. 33 legge n. 287 del 1990 e 2043 c.c.) può dare luogo a controversie risolubili mediante arbitrato.

Quanto alla seconda "equazione", anche la violazione di principi della concorrenza diversi da quelli della legge antitrust può dar luogo a mio avviso a controversie non suscettibili di essere devolute ad arbitri. E' infatti questa l'ipotesi in cui il patto di non concorrenza concluso, pur non avendo una portata tale da incidere su una parte significativa del territorio, vada a ledere principi fondamentali - quale ad esempio quello del diritto alla salute, una cui estrinsecazione consiste nella maggiore facilità di accesso possibile ai farmaci - rendendosi così immeritevole di una tutela giuridica. La Cassazione ha infatti recentemente affermato (Cass. 8 febbraio 2013, n. 3080) che *non è sanzionabile in via disciplinare il comportamento del farmacista il quale abbia contravvenuto all'accordo raggiunto con gli altri appartenenti al rispettivo ordine professionale, volto a vietare l'apertura delle farmacie al di fuori dei turni minimi, e quindi comporta una potenziale vanificazione delle finalità di incremento della concorrenza nel settore farmaceutico recepite nelle previsioni regionali e comunque imposte dall'ordinamento nazionale e comunitario, con conseguente non meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322, secondo comma, c.c. Infatti, la finalità perseguita con l'accordo anticoncorrenziale è meramente economica e personale dei partecipanti all'accordo e, siccome idonea a vanificare il perseguimento dei principi generali dell'ordinamento di effettività della concorrenza anche nel settore farmaceutico e quindi a perturbarne o sminuirne la maggiore ampiezza di accesso possibile per l'indifferenziato pubblico dei consumatori, connota di non meritevolezza di tutela, da parte dell'ordinamento giuridico, l'accordo stesso.*

Non è dunque corretta la schematizzazione secondo cui le controversie nascenti dalla legge antitrust attengono a diritti indisponibili e quelle relative alle norme in tema di concorrenza del codice civile attengono a diritti disponibili¹⁸.

Peraltro, i principi della concorrenza derivano ormai non più solo dal codice civile e dalla legge antitrust¹⁹, ma dalla Costituzione (cfr. il principio della libertà

¹⁸ Cfr. in questo senso Cass., 10 agosto 2012, n. 14394, secondo cui già nel regime anteriore all'entrata in vigore del Regolamento comunitario n.1 del 2003- il quale, sostituendo il precedente Regolamento n.4 del 1962, ha introdotto una maggiore integrazione tra gli ordinamenti nazionali in relazione alle azioni risarcitorie conseguenti a violazione delle normativa "antitrust"- era già consentito al giudice nazionale, alla luce degli artt.85,86, 89 e 90 del Trattato dell'Unione europea e della legge 10 ottobre 1990, n. 287, interpretare ed applicare le norme sulla concorrenza sleale- in particolare l'art. 2598 cod.civ.- assumendo come valore di riferimento la tutela della concorrenza.

¹⁹ Si è dovuto attendere il 1990 per avere anche in Italia una legge *antitrust* (la legge n. 287/1990) e un'apposita autorità (l'Autorità garante della concorrenza e del mercato: cfr. art. 10 della legge *antitrust*) il cui compito fosse quello di controllare l'efficienza concorrenziale del mercato e vietare e sanzionare gli abusi. Ma ancora il pieno riconoscimento del valore costituzionale della concorrenza non può dirsi compiuto che nel 2005, quando, a seguito della nota e già citata sentenza a sezioni unite della Cassazione, la n. 2207 del 2005¹⁹, viene per la prima volta affermato che il bene giuridico tutelato dalle norme *antitrust* è il corretto funzionamento del mercato, da intendersi quale luogo di incontro della domanda di beni e servizi da parte dei consumatori e della relativa offerta da parte delle imprese: da ciò è derivato - anche in questo caso per la prima volta - il riconoscimento non solo alle imprese concorrenti ma anche ai consumatori, sulla base degli artt. 33 l. n. 287/1990 e 2043 c.c., del diritto al risarcimento del danno subito a seguito di una condotta anticoncorrenziale. Questa sentenza viene peraltro partorita usufruendo di un clima giurisprudenziale estremamente favorevole e attento a valorizzare interessi riconosciuti dalla Costituzione quand'anche privi di un espresso riconoscimento come diritti, e trova un suo

di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.) e da alcune delle norme fondamentali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea²⁰, e in questa prospettiva devono ormai essere lette come un tutto unitario²¹, ove più che fare riferimento a un singolo corpus normativo ci si dovrà sforzare di individuare la sussistenza o meno di un interesse generale sotteso alla eventuale controversia, solo dal quale dipenderà la competenza ad intervenire di una Autorità pubblica e soprattutto la indisponibilità del diritto ai fini della possibilità di una sua devoluzione agli arbitri in caso di controversia.

E' affermazione tanto ricorrente quanto condivisibile quella secondo cui esiste un legame inscindibile tra la tutela della concorrenza e la protezione dei consumatori (e lo si è visto anche negli esempi svolti sinora)²², poiché, come del resto la semplice esperienza dimostra, la libera competizione tra imprese determina benefici quali l'abbassamento dei prezzi ed il miglioramento dell'offerta, mentre la tutela della libertà di scelta dei consumatori finali rende maggiormente dinamico il mercato²³.

imprescindibile antecedente teorico nella altrettanto (e forse ancor di più) celebre sentenza della Cassazione n. 500 del 1999, che per la prima volta ha riconosciuto il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c. in caso di lesione di interessi legittimi. La giurisprudenza della Suprema Corte ha infatti sempre più spesso fondato la risarcibilità di interessi di dubbia consistenza – ancorandoli all'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. - proprio riconducendo gli stessi a valori di rilievo costituzionale: si pensi al danno morale subito in caso di perdita di un familiare, connesso alla tutela del diritto alla salute, riconosciuto dall'art. 32 Cost., ed è pertanto indubbio che la sentenza della Cassazione n. 2207 del 2005, la quale non manca di citare l'art. 41 Cost. in relazione alla concorrenza, abbia risentito di questo clima e ne abbia fatto tesoro. Anche in ambito comunitario il pieno riconoscimento del diritto al consumatore al risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale ha tardato ad essere riconosciuto. Occorre infatti attendere il 2006 perché la Corte di Giustizia delle Comunità europee, con la c.d. sentenza Manfredi (Cfr. Corte di Giustizia CE, sez. III, 13 luglio 2006, C-295-298/04, punto 61, *Danno resp.*, 2007, 19,), affermasse che chiunque ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata dall'art. 101 del Trattato di Roma e, quando esiste un nesso di causalità tra essa ed il danno subito, il risarcimento di tale danno.

²⁰ Le norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (Trattato di Roma del 25 marzo 1957) da ricordare sono gli art. 28 (libera circolazione delle merci) e soprattutto gli artt. 101 (divieto di intese), 102 (divieto di abuso di posizione dominante), 106 (imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale). Riguardano inoltre la concorrenza i regolamenti 2790/99 in tema di intese verticali, il 1475/2002 in tema di distribuzione di automobili, il 1/2003 in tema di intese e abuso di posizione dominante, il 4064/89 (modificato dal 1310/97) in tema di concentrazioni, nonché gli artt. 65 e 66 del Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio.

²¹ Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305, secondo cui *l'intesa anticoncorrenziale tende alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla normativa comunitaria, dalla Costituzione e dalla legislazione nazionale) a godere dei benefici della libera competizione commerciale.*

²² Cfr. GUIDO ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Laterza, Bari, 2006, 11, secondo cui la concorrenza è emigrata dai testi settoriali in cui era originariamente contenuta al diritto privato generale, permeando di sé l'intero ordinamento.

²³ Cfr. in questo senso ad esempio ORESTE PALLOTTA, *Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi*, *Dir. unione europea*, 2007, 305, autore secondo il quale esiste un legame inscindibile tra la tutela della concorrenza e la protezione dei consumatori, poiché, come la semplice esperienza dimostra, la libera competizione tra imprese determina benefici quali l'abbassamento dei prezzi ed il miglioramento dell'offerta, mentre la tutela della libertà di scelta dei consumatori finali rende maggiormente dinamico il mercato. Nello stesso senso SALOMONE, *La Corte di Giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 714; K.J. CSERES, *Competition law and consumer protection*, *Kluwer law international*, 2005, 85; H.W. MICKLITZ, *Consumers and competition – access and compensation under EC law*, *European business law review*, 2006, 3; H. VEDDER, *Competition law and consumer protection: how competition law can be*

E in effetti i consumatori sono oggetto di tutela da parte del legislatore ogni volta in cui essi abbiano sottoscritto un contratto con un professionista (per professionista si intende sia l'imprenditore sia il professionista intellettuale come ad es. l'avvocato) in cui sia prevista una clausola, non oggetto di trattativa, che preveda una deroga alla competenza del giudice ordinario a favore di arbitri: l'art. 33, lettera t, del codice del consumo²⁴ (d.lgs. n. 206 del 9 settembre 2005) prevede infatti la vessatorietà di tale clausola e quindi, ai sensi del successivo art. 36, la relativa nullità di tale clausola²⁵. Coerentemente con questa impostazione (del resto la disciplina delle clausole vessatorie costituisce attuazione di una direttiva comunitaria, la n. 93/13 del 5 aprile 1993), la Corte di Giustizia ha affermato che le norme poste a tutela dei consumatori costituiscono principi di ordine pubblico economico e quindi, pur avendo ad oggetto diritti disponibili (come tali suscettibili di arbitrato), la loro violazione costituisce un impedimento insormontabile in caso di richiesta di delibazione di un lodo che per ipotesi sia stato posto in essere in violazione di tali principi, ivi compreso appunto quello secondo cui il ricorso ad arbitri non può non essere oggetto di trattativa²⁶. Ad attribuire la dignità di principi di ordine pubblico alle norme in tema di consumatore vi è, oltre alla illustrata connessione con i principi comunitari in tema di libertà di concorrenza, anche l'esigenza (già prima sottolineata a proposito della indisponibilità dei diritti nascenti dal patto anticoncorrenziale fra farmacisti lesivo dell'altrui diritto alla salute) di rispettare i principi fondamentali che sono alla base della disciplina asimmetrica (ossia sbilanciata a favore del consumatore nei rapporti con un professionista: ad es. il codice del consumo prevede obblighi di informazione in capo al solo professionista, nullità di protezione e diritti di recesso a favore del solo consumatore) a favore dei consumatori (art. 2 Cost.: principio di solidarietà economica e sociale; art. 3, co. 2, Cost.: principio di uguaglianza in senso sostanziale, secondo cui vanno trattate in maniera adeguatamente diseguale situazioni diseguali; art. 41 co. 2, Cost.: secondo cui la libertà di iniziativa economica incontra il limite dell'utilità sociale).

I principi in tema di libertà di concorrenza dunque, da un lato sicuramente, in nome delle esigenze di speditezza e della stabilità delle decisioni, della facilità dei traffici commerciali e della rapidità della circolazione della ricchezza, non possono che incoraggiare il ricorso all'arbitrato; dall'altro però impongono all'interprete la massima prudenza e lo spingono ad individuare nelle norme in tema di concorrenza dei principi di ordine pubblico posti a tutela di interessi generali.

used to protect consumers even better – or not?, in European business law review, 2006, 83.

²⁴ Art. 33 del Codice del consumo:

1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.
2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: [OMISSIS] t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi.

²⁵ M.V. BENEDETTELLI, *Ordinamento comunitario e arbitrato commerciale internazionale: favor, ostilità o indifferenza?*, in N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un ordine comunitario del processo civile*, Napoli (Ed. scientifica), 2008, 119.

²⁶ Corte Giustizia CE 26 ottobre 2006, Causa C-168/05, commentata in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 701, da ELISA SALOMONE, *La Corte di Giustizia sulla clausola arbitrale nei contratti dei consumatori: riflessioni sull'ordine pubblico comunitario e sull'impugnazione dei lodi*; ALFREDO RIZZO, *Giudicato interno e ordine pubblico comunitario*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 677.

Sotto un'altra prospettiva, il mercato e la concorrenza per un verso sicuramente si giovano di un efficiente e frequente ricorso all'arbitrato, che sicuramente permette di evitare distorsioni della concorrenza provocate dai lunghi e defatiganti contenziosi davanti alla giustizia ordinaria che spesso, scoraggiando il soggetto debole – nonostante l'istituto della c.d. *class action* previsto dall'art. 140 del nostro codice del consumo - dal chiedere il risarcimento del danno da condotta anticoncorrenziale, incoraggiano correlativamente le pratiche anticoncorrenziali. Per un altro verso però il ricorso alla giustizia ordinaria, specie in contrattazioni asimmetriche come quelle intercorrenti tra professionista e consumatore, ispira garanzia, sicurezza e trasmette fiducia alla parte debole, la quale viene così incoraggiata a contrattare. Il ricorso alla giustizia ordinaria (o meglio: la possibilità di ricorrere alla giustizia ordinaria) dunque finisce talvolta per essere un mezzo più efficace per una rapida circolazione della ricchezza di quanto non possa esserlo il ricorso all'arbitrato, che permette sì di arrivare più rapidamente ad una decisione ma che ha in sé insito il rischio di scoraggiare il contraente debole dal concludere un certo contratto con un professionista.

Tornando poi alla riflessione iniziale, la funzione di assicurare la tutela, attraverso un giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi delle persone, garantita dagli artt. 24 e 111 Cost., si unisce all'esigenza di garantire il rispetto degli altri principi fondamentali (solidarietà, uguaglianza, diritto alla salute, utilità sociale) nell'orientare l'interprete a discernere quali siano i principi della concorrenza che, oltre a costituire come detto principi di ordine pubblico, diano altresì luogo a diritti indisponibili dalle parti mediante arbitrato.

Nell'effettuare questa delicata scelta, dalla quale dipende l'importante conseguenza della arbitrabilità o meno di una controversia, occorrerà procedere mediante un bilanciamento tra i valori fin qui elencati (tra i quali sicuramente è degno di considerazione il diritto delle parti a ricorrere all'arbitrato nello svolgimento della loro libertà di iniziativa economica), tenendo però presente che i diritti fondamentali sono sì suscettibili di essere bilanciati con altri valori, ma solo se questo sacrificio sia dettato da esigenze particolarmente meritevoli di tutela – ossia dalla necessità di contemperare tali diritti con altri – e purché non sia mai intaccato il nucleo irrinunciabile, lo "zoccolo duro" di tali diritti fondamentali²⁷.

²⁷ Così ad esempio le sentenze nn. 269 e 299 del 2010 della Corte costituzionale secondo cui esiste «un *nucleo irriducibile* del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto». La stessa Carta di Nizza all'art. 52 stabilisce che eventuali limitazioni dei diritti e delle libertà fondamentali possono giustificarsi solo se rispettose del contenuto essenziale di detti diritti e libertà e solo se necessarie e rispondenti a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Cfr. LORENZO DELLI PRISCOLI, *Mercato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2011, 322.