

DIRITTI FONDAMENTALI ED INTERVENTO DEL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA IN SEDE DI ISPEZIONI ANTITRUST CONDOTTE DALLA COMMISSIONE UE NEI DOMICILI PRIVATI

di Daniela Savy*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Autorizzazione giudiziale alle ispezioni antitrust presso i domicili privati e controllo sugli atti del procedimento d'ispezione. – 3. I limiti alle ispezioni domiciliari posti dalle fonti sovranazionali e dalla Costituzione italiana: il rispetto dei diritti fondamentali. – 4. La legge di recepimento italiana dell'articolo 21 del regolamento 1/2003: profili critici.

1. Premessa.

Il capitolo V del regolamento 1/2003¹ contempla la disciplina relativa alle indagini, condotte dalla Commissione dell'Unione europea e dalle Autorità nazionali *antitrust* nei confronti delle imprese², finalizzate all'accertamento delle violazioni degli artt. 101 e 102 TFUE, concernenti il divieto di intese anticoncorrenziali e di abuso di posizione dominante.

In termini generali, la procedura ispettiva disegnata dal regolamento 1/2003 comporta un'estensione notevole dei poteri della Commissione. La *ratio* di tali accresciuti poteri della Commissione risiede nell'esigenza di creare un contraltare all'autovalutazione che è stata attribuita alle imprese ai sensi dell'art. 1 del regolamento, che ha sancito l'operatività del sistema della c.d. eccezione legale. Va sottolineato che a fronte di tale ampliamento di poteri ispettivi in capo alla Commissione ed al fine di creare un bilanciamento degli interessi contrapposti in gioco, si è prevista una maggiore partecipazione dei giudici interni alle procedure d'indagine, anche a garanzia del rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

In argomento, con particolare riferimento all'accertamento condotto dalla Commissione in locali diversi dall'impresa ed in particolare presso i domicili privati di soggetti – amministratori, direttori o altri membri del personale – che abbiano un legame stabile con l'impresa stessa, rileva sia l'eventuale partecipazione dell'autorità giudiziaria all'attività d'ispezione della Commissione presso le sedi delle imprese, ai

*Ricercatrice di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi Di Napoli "Federico II". Il presente lavoro è destinato al volume "EU Competition Law and the Effectiveness of judicial protection in the European Union and in the Italian Legal Order, Ciclo di convegni e seminari 16 marzo-25 maggio 2012, AIGE associazione italiana giuristi europei", Editoriale scientifica, in corso di pubblicazione.

¹ Regolamento 2003/1/CE, del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato in GUUE L 1, del 4 gennaio 2003, pp. 1 ss.

² Capitolo V, articoli da 17 a 22, del regolamento 1/2003.

sensi dell'art. 20 parr. 6, 7 e 8, del regolamento 1/2003, che il coinvolgimento del giudice interno ai sensi dell'art. 21 par. 3.

La breve indagine cui si intende procedere attiene esclusivamente ai poteri di autorizzazione attribuiti ai giudici interni dall'art. 21 del regolamento 1/2003 per le ispezioni nei locali diversi dalle sedi delle aziende. Ai nostri limitati fini si prende in considerazione la normativa di attuazione italiana ed i profili critici in relazione alla violazione dei diritti fondamentali cui essa potrebbe dar luogo.

2. Autorizzazione giudiziale alle ispezioni antitrust presso i domicili privati e controllo sugli atti del procedimento d'ispezione.

L'articolo 21 del regolamento 1/2003 ha introdotto una novità nell'impianto delle indagini antitrust, attribuendo alla Commissione europea la facoltà di accedere in locali diversi da quelli dell'impresa, terreni e mezzi di trasporto, nonché presso il domicilio di amministratori, direttori e altri membri del personale delle imprese o associazioni di imprese interessate, al fine di eseguire accertamenti ispettivi³.

Nella procedura in argomento il giudice nazionale riveste un ruolo fondamentale, essendogli demandato il potere di autorizzare o meno l'accesso ai sensi dell'art. 21, par. 3.

La Commissione, infatti, esercita in tal caso sia le funzioni ispettive che quelle sanzionatorie, incarnando al contempo la pubblica accusa ed il giudicante: sicché l'attività del giudice nazionale è finalisticamente preordinata a porre rimedio al disequilibrio di poteri sussistente tra la Commissione ed i singoli. La disposizione in parola ha attribuito in particolare alla Commissione il potere, previa consultazione dell'Autorità garante della concorrenza dello Stato in cui si trovano i locali da ispezionare, di disporre gli accertamenti nei suddetti locali specificandone l'oggetto, lo scopo⁴ ed i motivi di sospetto fondanti l'indagine in corso⁵. Il giudice nazionale "deve"

³ Sull'argomento cfr., J.-B. Auby, *I poteri ispettivi dell'Unione europea*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2006, pp.353 ss.; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 1 ss.; G. CERIDONO, *Commento all'art. 21*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di) *Codice commentato della Concorrenza e del Mercato*, 2010, UTET, Milano; A. F. FRIGNANI, *La messa in opera delle nuove norme antitrust comunitarie*, in *Dir. Industriale*, 2004, pp. 457 ss., in particolare pp. 466 s.; M. MEGLIANI, *Ispezioni domiciliari e normativa comunitaria antitrust. Una prima riflessione*, in *Dir. Comm. Internaz*, 2003, 101 ss.; S. POLI, *Commento all'art. 21 del regolamento 1/2003*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (a cura di) *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza. Commentario al regolamenti (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 230 ss.; A. TONETTI, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo: i poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, pp. 83 ss.

⁴ Nonché la comunicazione ai destinatari dell'ipotetica data di inizio delle operazioni (che potrà essere differita in caso di diniego di autorizzazione giudiziale) e del diritto loro conferito di ricorrere alla Corte di giustizia in difesa dei propri diritti, art. 21 paragrafo 2.

⁵ E' ipotizzabile che si tratti di indagini in corso allorché si giunga alla fase degli accertamenti presso i domicili, atteso che si presume che i locali sede dell'impresa siano già stati oggetto d'ispezione ai sensi dell'articolo 20 del regolamento in parola.

essere interpellato affinché autorizzi l'accertamento. Al fine di concedere l'autorizzazione, il giudice interno è tenuto a controllare l'autenticità della decisione della Commissione ed a verificare che le misure coercitive previste non siano arbitrarie e sproporzionate, tenuto conto della gravità della presunta infrazione, della rilevanza della prova richiesta, del grado di coinvolgimento dell'impresa in questione, nonché della ragionevole probabilità che taluni documenti dell'impresa inerenti l'oggetto degli accertamenti si trovino nei locali per i quali si chiede l'autorizzazione⁶. Ancora, l'articolo 21 prescrive che l'autorità giudiziaria può, nell'espletamento di tale funzione autorizzatoria, richiedere direttamente alla Commissione⁷ informazioni e spiegazioni in riferimento agli elementi necessari per permetterle di verificare la proporzionalità delle misure coercitive previste. E' precluso al giudice, tuttavia, il sindacato sulla necessità dell'indagine *in loco*, come pure gli è preclusa la visione del fascicolo d'ufficio della Commissione.

Presumibilmente i limiti al sindacato sono gli stessi delineati dalla giurisprudenza della Corte, nelle ben note pronunce *Hoechst* e *Roquette Frères*⁸, con riguardo all'accesso nei locali dell'impresa, nonché quelli previsti al paragrafo 8 dell'articolo 20⁹. Nella sentenza *Hoechst* si legge, per l'appunto, che l'autorità nazionale ha la facoltà di controllare l'autenticità della decisione della Commissione e di verificare che essa non sia arbitraria e sproporzionata rispetto agli scopi dell'accertamento¹⁰.

La Corte, inoltre, nella pronuncia *Roquette Frères*, nel ribadire l'obbligo di leale collaborazione in capo al giudice interno, evidenzia la facoltà del medesimo di adire la Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE circa l'interpretazione e la validità degli atti della Commissione, ai fini sia della concessione dell'autorizzazione preventiva, sia del controllo sull'esecuzione degli accertamenti. Nella fase di controllo sull'esecuzione

⁶ Art. 21, par. 3, Reg. 1/2003, cit.

⁷ Il giudice nazionale può anche chiedere all'AGCM nazionale di ottenere le dovute informazioni dalla Commissione ai sensi dell'art. 21, par. 3.

⁸ Corte giust., 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst c. Commissione*, in *Racc.*, p. 2859; Corte giust., 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères SA c. Directeur Général des Fraudes*, in *Racc.*, p. I-9011. In dottrina sulla pronuncia *Roquette Frères* vedi, M. LIENEMEYER, D. WAELBROECK, *Case Law: Case C-94/00, Roquette Frères SA v. Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, Judgement of the Court of Justice (Full Court) of 22 October 2002*, in *Com. Market Law Rev.*, 2003, pp. 1481 ss.; L. IDOT, *Droit de la Communauté et de l'Union européenne*, in *RSC*, 2003, pp. 156 ss., in particolare p. 158 ss.

⁹ Peraltro il paragrafo 4 dell'articolo 21 rinvia per quanto attiene ai poteri degli agenti e degli incaricati dell'ispezione all'articolo 20 paragrafo 2, lett. a), b) e c), ed ai paragrafi 5 e 6 dello stesso in tema di assistenza da parte degli agenti del garante nazionale e dello Stato, ed eventuale utilizzo della forza pubblica.

¹⁰ La Corte di giustizia ed il Tribunale dell'Unione intervengono allorché vengano aditi per il controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione ai sensi dell'articolo 263 TFUE. La Corte nella Sentenza *Michelin* (Corte giust. 9 novembre 1983, causa 322/81, *NV Nederlansche Banden Industrie Michelin c. Commissione*, in *Racc.*, p. 3461), ricorda che la Commissione è obbligata a rispettare i diritti della difesa nel contraddittorio che si instaura nelle indagini antitrust. Cfr., AA.VV., *Congrès organisé les 25 et 26 novembre 1996 par l'Association Européenne des Avocats, Un rôle pour la défense dans les procédures communautaires de concurrence*, Bruylant, 1997.

delle misure ispettive l'attività del giudice nazionale è disciplinata dalle norme procedurali interne; naturalmente, l'applicazione delle norme interne non può compromettere né pregiudicare il livello di tutela garantito al singolo dall'ordinamento dell'Unione europea. L'autorità giudiziaria deve, dunque, contemperare il diritto ad una tutela piena ed effettiva spettante al singolo con l'interesse dell'Unione alla tutela della concorrenza¹¹.

I criteri individuati dalla Corte nella giurisprudenza cui si è fatto cenno dovrebbero essere applicabili alle fasi giudiziali di autorizzazione e controllo sull'esecuzione degli atti di indagine nei domicili privati. Il controllo di legittimità della decisione della Commissione spetta, *ex art. 263 TFUE*, alla Corte ed al Tribunale¹².

3. I limiti alle ispezioni domiciliari posti dalle fonti sovranazionali e dalla Costituzione italiana: il rispetto dei diritti fondamentali.

La Commissione, nel richiedere l'autorizzazione all'ingresso e all'ispezione del domicilio privato di soggetti legati all'impresa, incontra un duplice limite rappresentato da un lato dal rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU), dall'altro dai principi costituzionali dello Stato membro in cui è sito il domicilio in questione.

Va in primo luogo posto in evidenza che il considerando 37 del regolamento 1/2003 stabilisce che il regolamento rispetta i diritti fondamentali ed i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹³. La Carta, all'art. 7, tutela il

¹¹ Tra i limiti rientra quello del c.d. *legal privilege*, cioè della corrispondenza tra l'impresa e i legali che non sono legati da rapporti di dipendenza con essa. Sulla questione dei limiti del *legal professional privilege* cfr., Corte giust., 18 maggio 1982, causa 155/79, *Am & S c. Commissione*, in *Racc.*, p. 1575; TPI, ord. 28 maggio 2004, causa T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. e a. c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-3523; nonché Corte giust., ord. 27 settembre 2004, causa C-7/04 P(R), *Commissione c. Akzo Nobel e a.*, in *Racc.*, p. I-8739; Corte giust., 14 settembre 2010, causa C-550/07 P, *Akzo Nobel Chemicals Ltd. e a. c. Commissione*, in *Racc.* I-8301. In dottrina vedi, G. CONTALDI, *Diritti della difesa nella fase precontenziosa dei procedimenti comunitari antitrust*, in *Riv. dir. int.*, 1994, pp. 1012 ss.; G. DI FEDERICO, *Case 550/07 P, Akzo Nobel Chemicals Ltd. and Akros Chemicals Ltd. v. European Commission, Judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) of 14 september 2010*, in *Com. Market Law Rev.*, 2011, pp. 581 ss.; P. FATTORI, M. TODINO, *La Disciplina della concorrenza in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2010; R. RINALDI, *Il Regolamento del Consiglio n. 1/2003: un primo esame delle principali novità e dei punti aperti della riforma sull'applicazione delle regole comunitari in tema di concorrenza*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2003, pp. 143 ss.; C. ROBIN, *Les enquêteurs peuvent saisir la correspondance des juristes internes pour établir la preuve d'une pratique anticoncurrentielle*, in *Revue Lamy de la concurrence*, 2011, pp. 29 ss.; VAN BAEL & BELLIS, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 937 ss.

Altro limite è posto dal diritto di non testimoniare contro sé stessi, in ordine al quale cfr. Corte giust., 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem*, in *Racc.*, p. 3283, in cui la Corte ha affermato che «(...) la Commissione en obligeant l'entreprise destinataire de la décision par les questions visées à la demande de reinsegnements à avouer une infraction de l'article 85 du traité a apporté atteinte aux droits de la défense de la requérante (...)». Nonché Corte giust. 29 giugno 2006, causa C-301/04 P, *Commissione c. SGL Carbon AG*, in *Racc.*, I-5915.

¹² Art. 21, par. 3, comma 2, Reg. 1/2003, cit.

¹³ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *GUUE*, C 83, del 30 marzo 2010, pp. 389 ss.

diritto di ogni individuo al rispetto del proprio domicilio; ed all'art. 52 par. 1 contempla i casi in cui è ammessa, in presenza di riserva di legge, una compressione dei diritti garantiti dalla stessa Carta. La disposizione ultima citata chiarisce che deve essere tenuto fermo il rispetto del principio di proporzionalità e la limitazione deve essere funzionale al perseguimento di scopi di interesse generale o di protezione di altri diritti. Il par. 3, art. 52, della Carta fa espresso rinvio ai diritti riconosciuti dalla CEDU e sancisce che ove vi siano corrispondenti diritti contemplati anche dalla Carta debba essere garantita agli stessi l'identità di portata e di significato, salvo il caso in cui l'ordinamento dell'Unione europea assicuri a tali diritti una protezione maggiore. Si ricordi, inoltre, che l'articolo 6 TUE precisa che i diritti fondamentali garantiti sia dalla CEDU che dalle tradizioni costituzionali comuni fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali dell'ordinamento dell'Unione¹⁴; e l'art. 8 CEDU prevede espressamente il diritto inviolabile al domicilio privato¹⁵.

In tale ambito normativo si inserisce l'opera del giudice che, in sede di autorizzazione alle ispezioni *antitrust* in locali diversi dai locali dell'impresa, deve temperare gli interessi in gioco: cioè, da un lato, assicurare il rispetto del diritto all'invulnerabilità del domicilio così come tutelato dalla Carta e dalla CEDU e, dall'altro, contribuire al corretto svolgimento della procedura amministrativa di controllo, da parte della Commissione, sull'applicazione delle norme della concorrenza nel mercato interno. È già stata citata al riguardo la giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁶.

Con specifico riferimento all'ordinamento italiano, quanto ai limiti costituzionali posti al diritto di ispezionare il domicilio privato, l'articolo 14 della Costituzione pone una riserva di legge e stabilisce che il domicilio è inviolabile e non si

¹⁴ Non va trascurato in tema di indagini *antitrust* anche il disposto dell'articolo 6 della CEDU in tema di giusto processo.

¹⁵ In dottrina L. TOMASI, *Commento all'art. 8 CEDU*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, pp. 297 ss. Cfr. *ex multis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 dicembre 2004, causa n. 38746/97, *Van Rossem c. Belgio*, nell'ambito di un procedimento penale in particolare in relazione ad un mandato di perquisizione domiciliare.

¹⁶ Si veda la sentenza *Roquette Frères, cit.* Va segnalata la pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Stés Colas est* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. XII, sent. 16 aprile 2002, in causa 37971/97, *Stés Colas est e a. c. Francia*, reperibile in www.coe.int.) che ha statuito su di un caso francese di ispezione *antitrust* nei locali di un'impresa in un periodo antecedente l'emanazione del regolamento 1/2003. Le ricorrenti hanno invocato la violazione del diritto al domicilio ai sensi dell'articolo 8 della CEDU: «*Les requérantes estiment que les interventions des enquêteurs de l'administration, (...) ont constitué des violations de leur domiciles, en dehors de tout contrôle ou de toute restriction à l'égard des enquêteurs (...)*», punto 28 della sentenza. Peraltro, la Corte europea dei diritti dell'uomo ricorda al punto 40 della sentenza che la connotazione di domicilio ai sensi dell'articolo 8 della CEDU è più ampia di quella di abitazione e «*(...) eut englober par exemple le bureau ou le cabinet d'un membre d'une profession libérale (...)*». La Corte europea dei diritti dell'uomo ha richiamato a tal proposito la giurisprudenza della Corte di giustizia *Hoechst* nei punti in cui essa riconosceva, con riguardo al domicilio privato delle persone fisiche, l'esistenza del diritto all'invulnerabilità del domicilio quale principio comune agli ordinamenti degli Stati membri e, pertanto, principio che si impone nell'ordinamento dell'Unione. L'art. 8 della CEDU non limita l'oggetto della protezione alle persone fisiche ma lo estende ai locali commerciali, in quanto è relativo a tutti gli ambiti in cui si espleta e si manifesta la libertà personale dell'individuo (Punto 26 della sent. *Stés Colas est*).

possono eseguire ispezioni e perquisizioni o sequestri se non nei modi previsti dalla legge. Tale riserva di legge non appare violata dalle disposizioni del regolamento 1/2003 il quale prevede all'art. 21 l'intervento di un'autorità giudiziaria nazionale, ma nulla afferma in ordine all'individuazione di tale autorità. Se ne deduce che la scelta sia demandata agli Stati, poiché l'art. 21 contiene disposizioni che implicitamente rinviano ad un atto interno in merito all'individuazione sia del giudice abilitato ad autorizzare l'ispezione, sia della normativa interna che disciplina l'autorizzazione. Inoltre, il comma 3 dell'art. 14 della Costituzione contempla l'ipotesi in cui le ispezioni a fini economici e fiscali possano essere eseguite in forza di leggi speciali, pertanto, l'atto nazionale di recepimento dell'art. 21 del reg. 1/2003 potrebbe essere considerato legge speciale¹⁷.

4. La legge di recepimento italiana dell'articolo 21 del regolamento 1/2003: profili critici.

Nell'ambito di tale arsenale normativo s'inserisce la legge di recepimento italiana, del 7 luglio 2009¹⁸, n. 88 che all'art. 38 ha provveduto con attuazione diretta¹⁹ a recepire l'art. 21, par. 3, reg. 1/2003, affermando che nei casi di accertamenti *antitrust* disposti dalla Commissione europea in "altri locali", diversi dalle sedi delle imprese, l'esecuzione delle decisioni è autorizzata dal procuratore della Repubblica.

Nel silenzio della norma potrebbe ipotizzarsi l'applicazione al caso di specie delle norme processuali penali relative ai "Mezzi di ricerca della prova". Pertanto, si potrebbero ritenere applicabili le norme contenute nella parte prima del libro terzo, titolo III, del codice di procedura penale, relative alle ispezioni ed alle perquisizioni, ed

¹⁷ Va evidenziato al riguardo che in dottrina vi è chi sostiene che l'ipotesi di ispezione domiciliare ex art. 21 reg. 1/2003 non rientrerebbe nella fattispecie prevista dall'art. 14, comma 3, Cost. che prevede che le ispezioni a fini economici e fiscali possono essere eseguite in forza di leggi speciali. Infatti, tale dottrina sostiene che sebbene l'art. 21 reg. 1/2003 potrebbe essere considerata legge speciale rispetto alla norma costituzionale, tuttavia l'art. 14 comma 3 riguarda "meri accertamenti", viceversa, l'art. 21 del reg. 1/2003 concerne ipotesi in cui è richiesta l'autorizzazione giudiziaria ed ha una "funzione coattiva". Non solo, ma il fine economico non autorizza automaticamente l'ispezione nel domicilio dell'esercente l'attività economica ed in ogni caso è esclusa in modo assoluto l'ispezione nei domicili di altri soggetti. Pertanto, si porrebbero problemi di compatibilità dell'art. 21 reg. 1/2003 con l'art. 14 Cost. in ragione del fatto che la norma costituzionale non prevede l'ispezione nei domicili di soggetti diversi dall'imprenditore mentre l'art. 21 esplicitamente contempla tali ispezioni, cfr. U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in U. DRAETTA, A. SANTINI (a cura di), *L'Unione europea in cerca d'identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"*, Giuffrè, Milano, 2008, 158 ss, in part. pp. 163 ss.

¹⁸ Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2008, del 7 luglio 2009, n. 88, in GU del 14 luglio 2009, n. 161.

¹⁹ Si ricorda che attraverso la c.d. legge comunitaria annuale l'Italia dà attuazione agli obblighi imposti dall'Unione europea o attraverso delega legislativa al governo o delegificazione ovvero mediante attuazione diretta ossia con l'inserimento nella stessa legge comunitaria di disposizioni per assicurare l'applicazione degli atti dell'Unione, cfr. R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011, 440 ss.

in particolare l'art. 244 c.p.p., rubricato "casi e forme delle ispezioni", l'art. 247 c.p.p., sui casi e le forme della perquisizione; l'art. 250 c.p.p., sulle "perquisizioni locali", ai sensi del quale l'imputato, o colui che ha la disponibilità del luogo (nel caso dell'art. 21 reg. 1/2003 il domicilio) in cui si debba effettuare l'ispezione, deve essere avvisato della facoltà di farsi rappresentare o assistere da persona di fiducia; l'art. 251 c.p.p., inerente le perquisizioni nel domicilio ed i relativi limiti temporali; nonché tutte le disposizioni contenute negli articoli 253 e ss. del codice di procedura penale concernenti il sequestro. Tali disposizioni prevedono le cautele necessarie ad assicurare il rispetto del diritto all'inviolabilità del domicilio.

Tuttavia, appare evidente la natura amministrativa del procedimento di ispezione *antitrust* che comprende una prima fase, quella di autorizzazione, rimessa dal legislatore domestico all'attività del procuratore della Repubblica ed una fase successiva di ispezione *antitrust*, condotta da un'istituzione dell'Unione europea e disciplinata da norme dell'ordinamento dell'Unione. Pertanto, sembra doversi escludere che possa applicarsi la disciplina interna processual penalistica, poiché l'attività del procuratore della Repubblica si svolge nell'ambito di un'indagine amministrativa ad opera della Commissione dell'Unione europea allo scopo di accertare una violazione delle norme dell'Unione a tutela della concorrenza dell'Unione.

Solo ove si rinvenga, nel corso dell'indagine amministrativa condotta in un domicilio privato, una notizia di reato si aprirà un procedimento penale ben distinto da quello della Commissione e disciplinato unicamente dall'ordinamento interno.

La funzione svolta dal procuratore della Repubblica è assimilabile, presumibilmente, a quella che lo stesso riveste nel contenzioso tributario ai sensi dell'art. 52, comma 2, del dpr. 633/72²⁰; in entrambi i casi l'attività posta in essere va intesa come attività dell'ufficio di procura in veste amministrativa e non come attività del Pubblico ministero nel procedimento penale.

I limiti al sindacato del procuratore della Repubblica, in tale ipotesi, dovrebbero essere corrispondenti a quelli individuati dalla richiamata giurisprudenza della Corte di giustizia (*supra* paragrafi 2 e 3). Il che implica che i criteri individuati nelle pronunce *Hoechst* e *Roquette Frères* siano applicabili alle fasi di autorizzazione e controllo sull'esecuzione degli atti di ispezione nei domicili privati.

A ben vedere, tuttavia, la scelta del legislatore non è esente da profili di criticità, allo stato del tutto teorici in assenza di prassi rilevante circa l'applicazione dell'art. 38 della legge 88/2009 a tre anni dalla sua emanazione. In primo luogo, si sottolinea che il legislatore interno, nell'individuare nel procuratore della Repubblica l'autorità giudiziaria abilitata a concedere l'autorizzazione alla Commissione, preclude l'uso del rinvio pregiudiziale in quanto, com'è ben noto, il procuratore della Repubblica non rientra nella nozione di giurisdizione elaborata dalla Corte. Pertanto, quanto sancito nella citata giurisprudenza *Roquette Frères* e cioè la facoltà del giudice di rinviare alla

²⁰ D.P.R. 633 del 26 ottobre 1972, "Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto", in GU 11 novembre 1972 n. 292.

Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE circa l'interpretazione e la validità degli atti della Commissione, sia ai fini della concessione dell'autorizzazione preventiva, sia del controllo sull'esecuzione degli accertamenti, non è applicabile al caso di specie. Il che si traduce in un eventuale diniego di tutela dei singoli ai quali è impedito di invocare l'intervento della Corte di giustizia, in una fase in cui l'autorizzazione dell'autorità giudiziaria è evidentemente prodromica all'ispezione e vieppiù delicata poiché può prospettarsi il rischio di violazione di un diritto fondamentale quale è quello dell'inviolabilità del domicilio.

Inoltre, ulteriore profilo critico da porre all'attenzione del legislatore è costituito dalla circostanza che il provvedimento del procuratore della Repubblica non può essere oggetto di impugnazione.

Pertanto, attribuendo al procuratore della Repubblica il potere autorizzatorio, da un lato, si inibisce la possibilità di un rinvio pregiudiziale, dall'altro, poiché la fase successiva all'autorizzazione è di competenza della Commissione dell'Unione europea ed ha natura squisitamente amministrativa, si consente ai singoli di tutelare i propri diritti soltanto attraverso il ricorso ai giudici del Lussemburgo *ex art. 263 ss. TFUE* e non anche in sede nazionale. E la conseguenza di un'ispezione effettuata in violazione dell'art. 21 reg. 1/2003 – cioè in assenza di una previa autorizzazione giudiziale, ovvero in forza di un'autorizzazione erroneamente accordata del procuratore della Repubblica, in virtù di una valutazione non corretta in ordine alla *non arbitrarietà* e *proporzionalità* delle misure coercitive previste nella decisione della Commissione che ordina gli accertamenti nel domicilio privato – sarà l'annullamento della decisione della Commissione o la non utilizzabilità dei mezzi di prova raccolti nel corso dell'ispezione²¹.

In conclusione, va osservato come il singolo non sia del tutto sprovvisto di tutela nell'ambito della procedura esaminata, essendogli riconosciuta la facoltà di impugnare dinanzi al giudice del Lussemburgo la decisione della Commissione che ha disposto gli accertamenti. Tuttavia, l'aver individuato nel procuratore della Repubblica l'autorità investita del potere di autorizzare l'ispezione domiciliare, quindi l'aver precluso un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia preventivo rispetto all'accesso al domicilio, rappresenta forse un *vulnus* alla tutela dei diritti del singolo. Sarebbe stato preferibile che il legislatore nazionale avesse attribuito ad un giudice piuttosto che al procuratore della Repubblica la funzione autorizzatoria prevista dall'art. 21 del regolamento 1/2003.

²¹ In tema di inutilizzabilità dei mezzi di prova raccolti in violazione delle prescrizioni di legge nel processo tributario cui probabilmente può assimilarsi tale procedimento *antitrust* limitatamente alle funzioni del procuratore della Repubblica cfr. D. CHINDEMI, *La difesa del contribuente nel contenzioso tributario*, Rimini, 2012, pp. 410 ss.